

L'assurance rétroactive

MÉMOIRE

présenté

par

Francesca Meier

sous la direction du

Professeur Vincent Brulhart

Lausanne, le 19 mai 2019

Table des matières

Table des matières	I
Table des abréviations	II
1. Introduction	1
2. Généralités	2
3. L'assurance rétroactive dans le régime actuel	4
3.1 Ratio legis	4
3.2 Le champ d'application et ses délimitations	5
3.3 Les conditions d'application	8
3.3.1 La conclusion du contrat d'assurance	8
3.3.1.1 Le régime du CO et les particularités de la LCA	8
3.3.1.2 L'entrée en force des effets du contrat d'assurance	10
3.3.1.3 Les couvertures provisoires	11
3.3.2 La disparition du risque	13
3.3.3 La survenance du sinistre	14
3.3.3.1 Les clauses « <i>claims-made</i> » dans l'assurance responsabilité civile	17
3.3.3.2 Les risques en deux phases (<i>die Stufengefahren</i>)	18
3.4 Les conséquences juridiques	20
3.4.1 La nullité	20
3.4.2 Les exceptions	21
3.4.2.1 L'assurance-incendie et l'assurance-transport	21
3.4.2.2 L'assurance-chômage	22
3.5 Les problèmes pratiques du régime actuel	24
3.5.1 Les difficultés en matière d'assurance maladie complémentaire	25
3.5.1.1 L'ATF 127 III 21, la maladie et ses rechutes	25
3.5.1.2 Les critiques et les successives relativisations	26
3.5.2 Les difficultés en matière d'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie	28
3.5.2.1 La maladie suivie d'une incapacité de travail	28
3.5.2.2 Le transfert d'assurance et les conventions de libre passage	31
3.5.3 Les difficultés en matière de prévoyance professionnelle	33
4. L'assurance rétroactive selon le projet de révision partielle 2017	34
5. Optique comparative	39
6. Conclusions	40
Bibliographie	42

Table des abréviations

<i>ab initio</i>	au début
<i>ad</i>	relativement à
AECA	Association des établissements cantonaux d'assurance
AI	Assurance invalidité
al.	alinéa
art.	article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BO/CE	Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale, Conseil des États
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGE	<i>Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts</i>
BGH	<i>deutscher Bundesgerichtshof</i>
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (Commentaire bâlois)
CA	Code des assurances français
c.c.	<i>Codice civile italiano</i>
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CCT	convention collective de travail
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
c.n.	<i>Codice della navigazione italiano</i>
consid.	considérant(s)
<i>contra</i>	d'un avis contraire
CGA	conditions générales d'assurance
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, Code des obligations (RS 220)
CR	Commentaire romand
D&O	<i>directors and officers</i> (dirigeants)
dVVG	<i>deutsches Versicherungsvertragsgesetz</i>
ECA JU	Établissement cantonal d'assurance immobilière et de prévention ECA JURA
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
etc.	<i>et caetera</i>
FF	Feuille fédérale
GL	Glaris
HAVE/REAS	<i>Haftung und Versicherung</i> /Responsabilité et assurance
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	en-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
KVG	<i>Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994</i> (RS 832.10)

LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837.0)
LAMal	Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (RS 832.10)
LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (RS 221.229.1)
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (RS 741.01)
let.	lettre
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LSA	Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance (RS 961.01)
n.b.p.	note en bas de page
N	note marginale
n°	numéro
OPP 2	Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.441.1)
p./pp.	page(s)
p. ex.	par exemple
P-LCA	projet de révision partielle de la LCA de 2017
RC	responsabilité civile
RS	Recueil systématique du droit fédéral
ss	et suivant(e)s
SGHVR/SDRCA	<i>Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht</i> /Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances
SJ	Semaine judiciaire
SVZ/RSA	<i>Schweizerische Versicherungszeitschrift</i> /Revue suisse d'assurances
SZS/RSAS	<i>Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge</i> /Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle
TF	Tribunal fédéral suisse
UVG	<i>Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981</i> (RS 832.20)
VVG	<i>Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908</i> (RS 221.229.1)
ZBJ/RSJB	<i>Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins</i> /Revue de la société des juristes bernois
ZSR/RDS	<i>Zeitschrift für Schweizerisches Recht</i> /Revue de droit suisse

1. Introduction

Le but de ce travail est celui d'analyser l'institution de l'assurance rétroactive dans le droit suisse des assurances privées. La question est réglée à l'art. 9 LCA.

Par sa nature, l'être humain a toujours senti le besoin de se protéger des coups du sort. Chacun veut éviter les événements dommageables et chacun veut le mieux pour soi, pour sa famille ou pour ses amis les plus chers. En d'autres termes, chacun ressent un fort besoin de prévoyance, ce qui constitue un préalable indispensable au bon fonctionnement de l'assurance¹. Or, malgré toute forme de précaution, la survenance de certains préjudices est incontournable et l'assurance n'est sûrement pas à même de prédire les aléas. Son but est plutôt celui d'offrir aux personnes assurées une réparation économique, afin qu'elles puissent compenser les conséquences dommageables d'une expérience future et incertaine².

À première vue, un événement doit forcément être futur pour être incertain. « *Di doman non c'è certezza* », disait à ce propos le grand Laurent le Magnifique³. L'activité d'assurance trouve sa justification précisément dans le fait qu'il n'est pas possible d'exclure, avec une certitude absolue, la survenance d'un sinistre à l'avenir⁴. En effet, le futur est inconnu et douteux, puisqu'il n'a pas encore été écrit. Ce principe n'est toutefois pas toujours vrai, du moins d'un point de vue subjectif. Le dommage qui s'est déjà vérifié est objectivement certain, mais sa réalisation peut rester inconnue aux parties en cause⁵. Le preneur d'assurance recherche alors une protection qui considère le passé et, pour obtenir satisfaction, il devrait être en mesure de conclure avec l'assureur un contrat d'assurance rétroactif.

La réglementation de la LCA en matière d'assurance rétroactive est statique et très stricte. Le système en vigueur aujourd'hui n'est donc pas idéal et engendre des problèmes pratiques non négligeables. La difficulté principale se rapporte au fait que nous aboutissons parfois à des résultats choquants, surtout dans le domaine de l'assurance de personnes⁶.

Très souvent, le thème de la rétroactivité en droit des assurances privées est abordé par les ouvrages de doctrine de façon incidente et fragmentaire. Les aspects de l'institution qui sont mis en évidence, sont souvent traités avec d'autres problématiques. Ici, le lecteur sera confronté à une perspective différente. Ce travail est entièrement dédié à l'étude systématique de l'assurance rétroactive et plusieurs exemples jurisprudentiels, plus ou moins récents, guideront notre exposé.

Avant d'aborder plus en détail quel est l'état actuel de la loi, il faut examiner les fondements des dispositions qui régissent le phénomène de l'assurance rétroactive (2). Ces généralités nous permettront de mieux comprendre la notion de contrat d'assurance et, notamment, le fonctionnement de l'activité d'assurance.

¹ BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 244 et 248 ; KOENIG, p. 5 ; KUHN/MONTAVON, pp. 3 et 15 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, p. 13 ; LANDOLT/WEBER, p. 2 ; MAURER, p. 37.

² KOENIG, p. 5 ; KUHN/MONTAVON, pp. 15 et 16 ; LANDOLT/WEBER, p. 2 ; MEUWLY, p. 36 ; VIRET, p. 93.

³ « *Nul ne sait de quoi le demain sera fait* ». DE' MEDICI Lorenzo, *Poesie*, Garzanti, Milano 1996, p. 264.

⁴ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 11 N 7.

⁵ BRULHART, *Le dommage assurable*, p. 247.

⁶ Un des exemples les plus parlants est l'ATF 127 III 21. Cf. sur ce point le chap. 3.5.1.1.

La deuxième partie (3) est consacrée à l'analyse juridique des articles 9 et 10 LCA. Tout d'abord, nous traiterons l'inadmissibilité des couvertures d'assurances rétroactives et les exceptions à ce principe. Ensuite, nous considérerons plus attentivement les dangers qu'une application rigoureuse de l'art. 9 LCA engendre, ainsi que l'approche du Tribunal fédéral à ce sujet. D'ailleurs, malgré un régime d'interdiction, les contrats d'assurance rétroactifs sont fréquents et des escamotages contractuels ont été développés en pratique, l'évolution du droit n'étant pas en ligne avec les exigences de la vie juridique.

Lors de la troisième partie (4), nous nous intéresserons au régime prévu par le projet de révision partielle 2017. Nous mentionnerons brièvement les solutions des projets de révision antécédents (qui tendaient déjà à une plus grande libéralisation), y compris les propositions faites par certains auteurs au cours des années. Nous répondrons ensuite à la question de savoir si un vrai changement est nécessaire et nous examinerons les avantages du système *de lege ferenda*.

Pour conclure, nous étudierons les législations des pays voisins. Ainsi, la dernière partie du travail (5), donnera un aperçu de l'assurance rétroactive en droit allemand, en droit français et en droit italien, afin de les comparer au régime suisse.

2. Généralités

La LCA prévoit, à son art. 9, que « *le contrat d'assurance est nul sous réserve des cas prévus à l'art. 100, al. 2, si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu* ».

Autrement dit, l'art. 9 LCA sanctionne de nullité les garanties d'assurance rétroactives⁷. Un contrat d'assurance est rétroactif si l'assureur accepte de couvrir des événements redoutés s'étant déjà vérifiés dans le passé, avant sa conclusion⁸.

En droit des assurances privées, l'événement redouté correspond à la matérialisation du risque assuré⁹. Ce dernier joue un rôle fondamental, puisque sa couverture représente l'objet même de l'assurance¹⁰. Le **risque assuré** se définit comme étant la menace abstraite de la réalisation d'un état de fait dommageable qui pèse sur le preneur d'assurance (une perte d'exploitation, une effraction, un vol, un dommage naturel tel que la grêle, etc.)¹¹. Le contrat d'assurance offre une protection à cet égard, en permettant d'indemniser le préjudice subi¹².

D'une façon générale, la prohibition ancrée dans l'art. 9 LCA concrétise le principe selon lequel un risque assuré, pour être tel, doit avoir un caractère futur et aléatoire¹³. L'idée sous-jacente peut se comprendre plus aisément en analysant les fondements techniques de l'activité d'assurance, ainsi que la notion de contrat d'assurance.

Tout d'abord, d'un point de vue **technique**, l'activité d'assurance constitue la façon de mutualiser une série de risques, moyennant l'utilisation de certains impératifs techniques (tels que le calcul des probabilités et, plus en général, la rigueur mathématique)¹⁴. En d'autres

⁷ BRULHART, *Le dommage assurable*, p. 259 ; FUHRER, *PVR*, p. 102 N 5.22 ; WERRO/PERRITAZ, p. 57.

⁸ FUHRER, *PVR*, p. 102 N 5.20 ; MAURER, p. 243 et n.b.p. 525 ; ROELLI/KELLER, pp. 173 et 179.

⁹ MEUWLY, p. 33.

¹⁰ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 88 N 165 ; MEUWLY, p. 32 ; VIRET, p. 13.

¹¹ KOENIG, p. 158.

¹² MAURER, p. 242.

¹³ KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, p. 132 ; MAURER, p. 243 ; VIRET, p. 93.

¹⁴ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 68 N 115.

termes, il s'agit d'un mécanisme de répartition de risques au sein d'une collectivité¹⁵. Ainsi, l'éventualité qu'un risque puisse se réaliser et produire des conséquences dommageables représente une sorte de charge qui est redistribuée parmi une pluralité de personnes¹⁶. Les membres de cet ensemble sont débiteurs d'une contribution en argent et l'individu qui subit un préjudice reçoit une prestation d'assurance déduite de la totalité du montant versé¹⁷. Ce système est mis en œuvre et exploité économiquement par l'assureur, qui est presque certain qu'il serait invraisemblable qu'un sinistre puisse survenir en même temps à chaque assuré¹⁸.

Afin de calculer le montant des contributions, il est capital que l'assureur puisse évaluer les risques conformément à la loi des grands nombres¹⁹. Le calcul des probabilités est donc un préalable essentiel à l'activité d'assurance²⁰. En effet, l'assureur doit être en mesure de déterminer, sur la base d'une série d'analyses faites dans le passé, la probabilité de survenance d'un événement futur dans un laps de temps fixe et en tirer des conclusions économiques moyennes²¹. L'assureur tend d'ailleurs à couvrir une multitude de risques, car, plus le nombre des assurés est grand, plus les statistiques sont pertinentes et la charge mieux répartie²².

Le **contrat d'assurance** est, pour sa part, « *l'instrument juridique de mise en œuvre de la technique d'assurance* »²³. Cela permet d'assurer la mutualisation au niveau des particuliers et il faut bien se situer dans cette optique²⁴. La LCA n'est pas très claire à propos de la définition légale du contrat d'assurance, le législateur n'ayant pas formulé un article introductif qui énonce ce qu'il faut entendre par cette notion²⁵.

Le contrat d'assurance crée un lien juridique entre les parties contractantes (l'assureur et le preneur d'assurance ou souscripteur), qui échangent réciproquement deux prestations de nature pécuniaire. Les parties sont donc, à la fois, créancière et débitrice l'une de l'autre ; le preneur paie une prime et reçoit en contrepartie la promesse d'une couverture pour le cas où le risque envisagé par le contrat se réaliserait²⁶. Le transfert du risque constitue un élément objectivement essentiel du contrat d'assurance (*essentialia negotii*)²⁷, qui permet de le distinguer des autres conventions²⁸. L'événement dommageable doit avoir une probabilité raisonnable de se produire, mais sa survenance doit demeurer future et incertaine²⁹. La manifestation future et incertaine du risque rend le contrat d'assurance aléatoire, dans le sens que sa validité est, du moins dans le régime actuel, subordonnée à la non-réalisation du risque à l'instant de sa conclusion³⁰. En ce sens, si le risque souscrit s'est déjà produit ou si la menace a déjà disparu, le contrat d'assurance perd sa raison d'être³¹.

¹⁵ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 68 N 116 ; BRULHART, *Mutualité*, p. 436 ; BRULHART, *La liberté contractuelle*, p. 88.

¹⁶ LANDOLT/WEBER, p. 2 ; SCHAER, *MVR*, p. 85 N 1.

¹⁷ LANDOLT/WEBER, p. 3 ; MAURER, p. 39.

¹⁸ KOENIG, p. 6 ; LANDOLT/WEBER, p. 3 ; MAURER, p. 39.

¹⁹ KUHN/MONTAVON, p. 19.

²⁰ KOENIG, p. 7.

²¹ BRULHART, *La liberté contractuelle*, p. 90 ; LANDOLT/WEBER, p. 3.

²² KUHN/MONTAVON, p. 21 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, p. 17 ; LANDOLT/WEBER, p. 3 ; MAURER, p. 40.

²³ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 70 N 122.

²⁴ BRULHART, *Mutualité*, p. 436 ; BRULHART, *La liberté contractuelle*, p. 88.

²⁵ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 70 N 119 ; CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 247 ; KOENIG, p. 30 ; SCHAER, *MVR*, p. 91 N 25.

²⁶ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 70 N 119 ; CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 247 ; KOENIG, p. 31.

²⁷ KOENIG, p. 163 ; KUHN/MONTAVON, p. 111 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, p. 133 ; MAURER, p. 245 ; SCHAER, *MVR*, p. 289 N 26.

²⁸ FUHRER, *PVR*, p. 18 N. 2.5 ; KOENIG, p. 33 ; MAURER, p. 245 ; MEUWLY, p. 32 ; SCHAER, *MVR*, p. 64 N 31 ; VIRET, p. 93.

²⁹ KOENIG, p. 31.

³⁰ Art. 9 LCA ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 276 N 494.

³¹ BSK VVG NEF, N 1 ad Art. 9 LCA, p. 173.

En substance, le caractère **aléatoire** est propre et indissociable du risque assuré³². Avant tout, cela se déduit directement des impératifs techniques de l'assurance³³. Le calcul des probabilités permet d'établir le rapport entre la réalisation et la non-réalisation des différents risques. L'assureur a besoin de ces informations, car il sera à même d'indemniser chacun et de garantir un mécanisme de mutualisation efficace uniquement si certains sinistres ne se réalisent pas³⁴. L'incertitude ne doit pas impérativement porter sur l'effective survenance d'un événement (*incertus an*). Il suffit que le moment de sa manifestation soit aléatoire (*incertus quando*)³⁵. À ce sujet, l'assurance-vie offre un exemple très parlant ; bien que le décès de la personne soit une certitude, le jour précis de sa mort demeure inconnu³⁶.

L'exigence d'un risque **futur** est, quant à elle, un corollaire du caractère aléatoire et il y a ici une sorte d'interdépendance. En effet, pour pouvoir être incertain, il est nécessaire que le risque porte sur des événements futurs et, par nature, le futur dépend du hasard³⁷.

3. L'assurance rétroactive dans le régime actuel

Comme nous l'avons déjà indiqué, le législateur suisse a décidé de consacrer expressément le besoin d'un risque futur, c'est-à-dire survenant après la conclusion du contrat d'assurance, à l'art. 9 LCA³⁸.

Nous nous proposons de vouer la partie du travail qui suit à l'analyse de cette disposition, en examinant tout d'abord sa *ratio legis* (3.1), son champ d'application (3.2), ses conditions d'application (3.3), ses conséquences juridiques et, ensuite, les exceptions à la nullité (3.4). Enfin, nous nous pencherons sur quelques problèmes pratiques liés à l'application stricte de la norme (3.5).

3.1 *Ratio legis*

La question de la nullité d'un contrat d'assurance en cas de disparition du risque ou de survenance du sinistre au moment de sa conclusion était débattue à l'époque de l'adoption de la LCA, aussi bien d'un point de vue théorique que pratique³⁹. Ainsi, pour dissiper tous les doutes, il a été jugé opportun d'exprimer ce principe directement dans la loi.

À ce propos, le Conseil fédéral a énoncé dans son Message du 2 février 1904 que « *si l'événement redouté n'était plus à craindre lors de la conclusion du contrat parce que le sinistre s'était déjà produit ou parce que le danger a disparu, il n'y a plus d'intérêt assurable ; le contrat est sans objet. [...] Tout bien considéré, cette règle rentre dans le droit commun. En harmonie avec l'article 17 CO – concernant la prestation qui est impossible déjà lors de la conclusion du contrat, – elle déclare nul le contrat d'assurance* »⁴⁰.

³² CARRÉ, p. 160.

³³ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 288 N 531 et N 532.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ MAURER, p. 242 ; KOENIG, p. 161 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, p. 132 ; VIRET, p. 93.

³⁶ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 289 N 533 ; CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 247 ; MAURER, p. 242 ; VIRET, p. 93.

³⁷ BRULHART, *Le dommage assurable*, p. 247.

³⁸ BSK VVG NEF, N 1 *ad* Art. 9 LCA, p. 173 ; MAURER, p. 243 ; ROELLI/KELLER, p. 172.

³⁹ BSK VVG NEF, N 6 *ad* Art. 9 LCA, p. 175 ; ROELLI/KELLER, p. 173.

⁴⁰ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance du 2 février 1904, FF 1904 I 267, p. 307.

Le texte originare de l'art. 9 LCA n'a pas fait l'objet de remarques particulières pendant les débats parlementaires⁴¹. Il a donc été adopté en 1908 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1910.

Deux cas de figure bien précis sont régis par cette norme. D'une part, elle traite de l'impossibilité qu'un risque puisse se réaliser puisqu'il a déjà disparu⁴² et, de l'autre, elle interdit la couverture d'un sinistre survenu avant la conclusion du contrat d'assurance. Selon le droit actuel, les intérêts passés ne sont pas assurables et l'accord juridique qui les prendrait en compte perdrait toute justification économique dans le domaine des assurances privées⁴³.

Ainsi, le **but de l'art. 9 LCA** est avant tout celui de lutter contre les abus du mécanisme d'assurance et contre les tractations douteuses, mettant en péril l'ensemble du système juridique⁴⁴. Par conséquent, la nullité est gardienne de l'ordre public et l'art. 9 LCA a été déclaré droit absolument impératif⁴⁵. Toute disposition conventionnelle lui étant contraire n'est pas valable ; il s'agit d'une restriction à la liberté contractuelle et le juge doit l'appliquer d'office⁴⁶.

La **liberté contractuelle** constitue l'un des fondements du droit des assurances privées. La LCA n'en fait pas mention, mais son applicabilité se déduit de l'art. 100 LCA, qui renvoie aux règles du CO pour tout ce qui n'est pas spécialement régi par la LCA⁴⁷.

La liberté contractuelle englobe la liberté de contracter (c'est-à-dire la liberté de conclure ou ne pas conclure un contrat), la faculté de choisir sans contrainte tel ou tel cocontractant, ainsi que le libre choix du type, du contenu et des modalités du contrat⁴⁸. Il s'agit d'un concept qui a une portée subsidiaire, puisque, en plus des limitations de droit public et privé⁴⁹, il faut lui réserver certaines règles impératives.

La liberté contractuelle doit être citée conjointement à l'assurance rétroactive, non seulement en raison du fait que l'application de l'art. 9 LCA sanctionne les contrats d'assurance illicites⁵⁰, mais aussi parce que le projet de révision la consacre sur une plus large échelle⁵¹. À ce sujet, certains auteurs ont notamment proposé d'abolir le caractère absolument impératif de l'art. 9 LCA⁵².

3.2 Le champ d'application et ses délimitations

Jusqu'ici, nous avons mentionné seulement de façon superficielle le champ d'application de l'art. 9 LCA. En effet, nous nous sommes limités à dire que cette disposition réprime les assurances rétroactives dans le droit suisse des assurances privées. Il est toutefois nécessaire d'apporter des précisions.

⁴¹ WALTER, p. 54.

⁴² ROELLI/KELLER, p. 172. Sur les rapports entre l'art. 9 LCA et l'art. 20 OR, cf. les développements sous les chap. 3.2 et 3.3.3.

⁴³ BSK VVG NEF, N 1 ad Art. 9 LCA, p. 173 ; WALTER, p. 55.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Art. 97 al. 1 LCA.

⁴⁶ BSK VVG NEF, N 26 et 27 ad Art. 9 LCA, p. 182 ; ROELLI/KELLER, p. 180 ; WALTER, p. 55.

⁴⁷ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 213 N 359 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, pp. 254 et 255 ; CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 248 ; FUHRER, *PVR*, p. 42 N 2.105 ; KOENIG, p. 44 ; VIRET, p. 18.

⁴⁸ BRULHART, *La liberté contractuelle*, pp. 89 et 90.

⁴⁹ P. ex. les art. 20 CO et 27 CC.

⁵⁰ ATF 118 V 158, consid. 5 à p. 169 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, p. 256.

⁵¹ À ce sujet, cf. le chap. 4.

⁵² BREHM, *Entwurf*, p. 6 ; DE BUREN, p. 312 ; KOENIG, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*, pp. 223 et 224 ; BSK VVG NEF, N 26 ad Art. 9 LCA, p. 182 ; WALTER, p. 59. Au surplus, cf. p. 34.

Les conventions d'assurance indemnisent les préjudices qui se manifestent après la conclusion du contrat (*Vorwärtsversicherung*)⁵³. Au contraire, l'expression « *assurance rétroactive (Rückwärtsversicherung)* » désigne les accords qui garantissent au preneur d'assurance une protection contre les conséquences dommageables d'un fait susceptible de survenir avant la conclusion du contrat⁵⁴. Or, la **définition d'assurance rétroactive** ne correspond pas aux états de fait régis par l'art. 9 LCA. Ainsi, cette disposition ne sanctionne pas uniquement la prise en charge des menaces qui se sont déjà réalisées, mais elle interdit aussi la couverture des risques qui ont déjà disparu⁵⁵.

Le champ d'application de l'art. 9 LCA n'est pas non plus limité à la seule conclusion de nouveaux contrats d'assurance. En effet, il est aussi pertinent en présence d'une **modification notable**⁵⁶ ou d'une **suspension** du contrat d'assurance⁵⁷.

À ce propos, l'obligation de l'assureur est suspendue notamment en cas de mise en demeure du preneur suite au non-paiement de la prime. En vertu de l'art. 20 al. 3 LCA, le débiteur n'a donc pas le droit de recevoir la prestation d'assurance, à moins qu'il ne s'exécute dans le délai légal de 14 jours à partir de la sommation⁵⁸. Si le contrat est remis en vigueur par le versement de la prime en souffrance, l'art. 9 LCA interdit la prise en charge des sinistres qui se sont vérifiés pendant la période de suspension⁵⁹.

WALTER estime qu'il y a une incongruence entre ces deux dispositions, principalement en raison du fait que l'art. 9 LCA est absolument impératif, alors que l'art. 20 LCA ne l'est que relativement⁶⁰. Malgré une éventuelle suspension, l'assureur peut donc légitimement accepter de couvrir les préjudices, puisque l'art. 20 LCA ne s'oppose pas aux accords stipulés en faveur du preneur d'assurance⁶¹. Le problème dans ce cas de figure est que l'accord en question est nul selon l'art. 9 LCA. Les observations de WALTER nous paraissent justifiées, car elles mettent en évidence l'absence de flexibilité du régime actuel en matière de rétroactivité.

Un autre point controversé en doctrine est lié à la portée de la délimitation entre l'art. 9 LCA et l'art. 20 CO. Ce dernier déclare nuls les contrats qui, à l'instant de leur conclusion, ont pour objet une prestation dont l'exécution est impossible⁶². L'art. 20 CO traite donc de l'**impossibilité initiale et objective** en droit des obligations, mais il s'applique aussi subsidiairement dans le domaine des assurances privées, grâce au renvoi de l'art. 100 al. 1 LCA⁶³. Selon certains auteurs, l'art. 9 LCA ne fait que transposer le principe général de l'art. 20 CO dans un contexte particulier, sans qu'il y ait une véritable différence entre les champs d'application de ces dispositions⁶⁴. Tout au plus, le seul détachement admissible serait celui d'utiliser l'art. 9 LCA là où les conditions d'application de l'art. 20 CO ne sont pas remplies⁶⁵. D'après GANTENBEIN, en revanche, l'art. 9 LCA et l'art. 20 CO ne sont pas superposables, puisqu'ils ont une sphère d'influence bien distincte⁶⁶. En bref, il soutient que l'art. 9 LCA est

⁵³ BSK VVG NEF, N 2 *ad* Art. 9 LCA, p. 174 ; WALTER, p. 54.

⁵⁴ BSK VVG NEF, N 3 *ad* Art. 9 LCA, p. 174 ; MAURER, p. 243 et n.b.p. 525.

⁵⁵ BSK VVG NEF, N 3 *ad* Art. 9 LCA, p. 174 ; FUHRER, *PVR*, p. 102 N 5.20.

⁵⁶ P. ex. les parties augmentent le montant assuré ou élargissent l'objet de la couverture.

⁵⁷ BSK VVG NEF, N 4 *ad* Art. 9 LCA, p. 174 ; LANDOLT/WEBER, p. 51 ; ROELLI/KELLER, p. 172.

⁵⁸ ATF 142 III 671, consid. 2.3 à p. 673 ; KOENIG, p. 121.

⁵⁹ CARRÉ, p. 160 ; LANDOLT/WEBER, p. 51 ; RIEMER-KAFKA, p. 271.

⁶⁰ WALTER, p. 61.

⁶¹ Art. 98 LCA.

⁶² CR CO I GUILLOD/STEFFEN, N 76 *ad* Art. 19, 20, p. 198.

⁶³ *Cf.* p. 5.

⁶⁴ ROELLI/KELLER, pp. 172 et 173 ; KUNZ, pp. 55 et 56.

⁶⁵ ROELLI/KELLER, p. 173.

⁶⁶ GANTENBEIN, p. 129.

le seul article susceptible d'être appliqué en matière d'assurance rétroactive, alors que la *Vorwärtsversicherung* tombe sous le champ d'application de l'art. 20 CO⁶⁷.

Nous considérons que le champ d'application de ces normes ne se superpose pas exactement. Comme nous l'avons déjà dit, l'art. 9 LCA règle deux situations bien distinctes: d'une part la disparition du risque, de l'autre la survenance du sinistre⁶⁸. Selon nous, en cas de disparition du risque avant la conclusion du contrat, l'exécution de la prestation d'assurance est impossible à l'avenir⁶⁹. Prenons l'exemple d'une assurance couvrant la destruction d'une chose qui en réalité n'existe pas: le preneur ne sera jamais confronté à un sinistre et l'assureur ne devra indemniser aucune conséquence dommageable. Il s'agit d'un cas d'impossibilité initiale et objective. Sur ce point-là, l'art. 9 LCA n'est qu'une répétition de l'art. 20 CO.

En revanche, l'art. 20 CO ne sanctionne pas la situation dans laquelle, lors de la stipulation de l'accord, le sinistre est déjà survenu. En effet, les parties peuvent légitimement supposer que le sinistre ne surviendra que plus tard, pour autant qu'elles ignorent la réalité des faits. Une prise en charge fictive demeure alors possible, du moins d'un point de vue théorique⁷⁰.

Malgré les contrastes, ROELLI/KELLER et GANTENBEIN concordent avec nous sur le fait que les couvertures rétroactives doivent être déclarées nulles sur la base de l'art. 9 LCA⁷¹, puisque les exigences posées par l'art. 20 CO ne sont pas réunies⁷².

De toute façon, en pratique la controverse n'a pas d'impact concret, car la conséquence juridique est toujours la nullité du contrat⁷³.

L'art. 9 LCA ne doit ensuite pas être confondu avec l'art. 6 LCA et, plus précisément, avec l'institution de la **réticence**. À ce propos, l'art. 6 al. 1 LCA confère à l'assureur le droit de résilier par écrit le contrat d'assurance si, lors de la conclusion du contrat, la personne qui avait le devoir de déclarer tous les faits importants pour l'appréciation du risque omet de le faire ou fait une déclaration inexacte. Il y a donc réticence en présence d'une réponse fausse, inexacte ou incomplète au questionnaire de l'assureur⁷⁴.

Tout d'abord, l'art. 9 LCA s'applique même si les parties ignorent que le sinistre était déjà survenu au moment de la conclusion du contrat d'assurance⁷⁵. L'art. 6 LCA présuppose en revanche la réalisation d'une omission à la fois sur le plan objectif et subjectif⁷⁶.

Ensuite, la nullité de l'art. 9 LCA et la réticence sont deux moyens libératoires que l'assureur peut invoquer pour ne pas être astreint à fournir sa prestation⁷⁷. L'art. 9 LCA prévoit toutefois une nullité absolue, tandis que l'art. 6 LCA annule *ex nunc* un contrat valable⁷⁸.

⁶⁷ GANTENBEIN, pp. 141 et 142.

⁶⁸ À ce sujet, cf. les chap. 3.3.2 et 3.3.3.

⁶⁹ Cf., dans le même sens, FUHRER, *PVR*, p. 102 N 5.20.

⁷⁰ GANTENBEIN, p. 132 ; ROELLI/KELLER, p. 179.

⁷¹ GANTENBEIN, p. 135 ; ROELLI/KELLER, p. 173.

⁷² GANTENBEIN, p. 132 ; ROELLI/KELLER, pp. 173 et 179.

⁷³ Pour des développements ultérieurs, cf. le chap. 4.

⁷⁴ ATF 136 III 336, consid. 2.3 à p. 337 ; CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 253.

⁷⁵ TF 5C.45 2004 du 9.7.2004, consid. 2.1.2 ; ATF 127 III 21, consid. 2b/aa à p. 23 ; ATF 136 III 336, consid. 3 à p. 340.

⁷⁶ CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 253.

⁷⁷ CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 263 ; LEHMANN, I, pp. 149 et 150.

⁷⁸ FUHRER, *PVR*, pp. 104 N 5.28 et 155 N 6.145 ; VVG-*Nachführungsband* NEF/ZEDWITZ, N 31/32 ad Art. 6, pp. 66 et 67.

Avant de passer à l'examen des conditions d'application de l'art. 9 LCA, une dernière précision s'impose. L'art. 9 est pertinent dans les limites de la LCA, qui est une législation de droit privé⁷⁹. Le domaine des assurances privées doit être distingué de celui des **assurances sociales**. Une assurance est « *qualifiée de sociale lorsqu'elle est destinée à participer aux objectifs de politique sociale définis par la Confédération ou les cantons* »⁸⁰. Au contraire, les assurances privées recherchent en principe un profit économique et tendent à l'expansion dans une logique de marché⁸¹. La LCA s'applique en matière d'assurances privées, alors que les assurances sociales sont régies par d'autres lois⁸². L'art. 9 LCA ne devrait pas non plus être pris en considération s'agissant de contrats de droit public. Son champ d'application a été toutefois étendu par voie jurisprudentielle. En effet, le Tribunal fédéral a estimé que l'art. 9 LCA est applicable par analogie aux accords conclus sur la base de l'art. 59 al. 2 LAA⁸³, ainsi que dans le cadre de la prévoyance professionnelle plus étendue (*infra*, 3.5)⁸⁴.

3.3 Les conditions d'application

Selon l'art. 9 LCA, « *le contrat d'assurance est nul sous réserve des cas prévus à l'art. 100, al. 2, si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu* ». En premier lieu, nous déterminerons quel est l'instant décisif pour la conclusion d'un contrat d'assurance (3.3.1), alors qu'en second lieu l'objet d'étude sera la disparition du risque (3.3.2). Notre analyse terminera donc avec la définition de sinistre et l'examen de sa survenance dans le temps (3.3.3).

3.3.1 La conclusion du contrat d'assurance

3.3.1.1 Le régime du CO et les particularités de la LCA

Le droit des contrats est principalement réglé par le **code des obligations** et les dispositions pertinentes pour la conclusion d'un contrat sont les art. 1–10 et 18 CO.

À ce propos, l'art. 1 al. 1 CO énonce qu'un contrat est parfait une fois que le débiteur et le créancier ont échangé des manifestations de volonté réciproques et concordantes. Cet échange doit porter sur tous les points objectivement essentiels, c'est-à-dire sur les éléments qui constituent l'essence même du contrat (dans le cadre du contrat d'assurance, p. ex. le risque assuré et la prime)⁸⁵, mais les parties peuvent aussi décider de subordonner la conclusion du contrat à l'accord sur un ou plusieurs points subjectivement essentiels (p. ex. une franchise)⁸⁶. Selon le schéma habituel, la première manifestation de volonté est l'offre et la personne qui la fait est juridiquement liée pour une certaine période⁸⁷. Dans le délai de validité de l'offre, l'autre partie contractante peut accepter sans réserve, refuser ou formuler une contre-offre. L'auteur

⁷⁹ Dans le RS, la LCA est effectivement classée sous la rubrique « *Dispositions complémentaires et d'exécution du code des obligations* » (RS 221.229.1).

⁸⁰ VIRET, p. 14.

⁸¹ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 72 N 127.

⁸² MAURER, p. 183 ; KOENIG, p. 21.

⁸³ TF 8C_324/2007 du 12.2.2008, consid. 4.1 ; KVG/UVG GEHRING N 10 *ad* Art. 59, p. 419 ; VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 7 *ad* Art. 9, p. 72.

⁸⁴ ATF 118 V 158, consid. 5c à p. 169 ; ATF 121 V 97, consid. 2c à p. 103 ; BSK VVG NEF, N 7 *ad* Art. 9 LCA, p. 175 ; CARRÉ, pp. 24 et 160.

⁸⁵ CR CO I MORIN, N 2 *ad* Art. 2 CO, p. 55 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 305 N 574 ; KOENIG, p. 68 ; KUHN/MONTAVON, p. 108 ; LANDOLT/WEBER, p. 25 ; SCHAER, *MVR*, p. 289 N 26 ; VIRET, pp. 75 et 76.

⁸⁶ CR CO I MORIN, N 5 *ad* Art. 2 CO, p. 56 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 305 N 574 ; KUHN/MONTAVON, pp. 122 et 123.

⁸⁷ CR CO I MORIN, N 84 *ad* Art. 1 CO, p. 28.

de la proposition est libre de fixer le délai qui lui convient le mieux, conformément à l'art. 3 CO. En l'absence d'une prise de position, ce dernier varie en fonction des circonstances: une réponse immédiate est nécessaire entre les présents⁸⁸, alors que, entre les absents, l'auteur de l'offre demeure lié jusqu'à ce qu'il puisse encore légitimement s'attendre à une réponse expédiée à temps et d'une façon régulière⁸⁹.

En revanche, la LCA ne prévoit pas de règles générales sur la conclusion du contrat d'assurance, si ce n'est que pour les articles 1 et 2. Par conséquent, le système du code des obligations est applicable dans la mesure où la LCA n'en déroge pas⁹⁰. À l'instar de toute autre convention de droit privé, le contrat d'assurance est donc conclu dès que l'assureur et le preneur d'assurance concordent sur tous les éléments essentiels⁹¹.

Il s'agit, en d'autres termes, d'un contrat consensuel, ce qui présuppose l'existence d'un consentement non vicié entre les parties contractantes⁹².

Il ne faut toutefois pas oublier que la conclusion du contrat d'assurance présente des particularités. Tout d'abord, l'échange des manifestations de volonté a lieu en principe entre absents, étant donné que les assureurs ne communiquent pas directement avec les preneurs. Ceux-ci préfèrent plutôt engager des agents qui négocient à leur place, mais qui n'ont pas le pouvoir de conclure un contrat⁹³. Ensuite, l'auteur de l'offre est généralement le futur preneur d'assurance, qui rédige souvent la proposition d'assurance à l'aide d'un formulaire émis par l'assureur⁹⁴. Ce dernier est ainsi en mesure d'obtenir, avant la conclusion du contrat, des informations nécessaires à garantir une couverture efficace et à opérer une sélection correcte des risques⁹⁵. Les art. 1 et 2 LCA se réfèrent seulement à ce cas de figure et n'envisagent même pas la situation contraire, dans laquelle l'assureur fait l'offre. Il est alors nécessaire de s'appuyer sur les art. 3–7 CO⁹⁶.

Selon l'art. 1 al. 1 et al. 2 LCA, l'offre lie son auteur pendant 14 jours ou pendant quatre semaines si l'assureur requiert un examen médical, mais le proposant peut même fixer un laps de temps plus court. Le délai de validité de l'offre commence une fois que la proposition est remise ou envoyée à l'assureur ou à son agent. L'art. 1 al. 3 LCA fait donc prévaloir la théorie de l'expédition au détriment de celle de la réception⁹⁷. Si l'assureur n'accepte pas la proposition avant l'expiration du délai, le proposant est dégagé et l'offre ne déploie plus des effets juridiques⁹⁸. L'offre est enfin caduque même dans le cas où le risque assuré se produit au cours du délai de validité et l'assureur ne peut être astreint à fournir sa prestation⁹⁹. L'art. 9 LCA ne s'applique pas, car le contrat d'assurance n'est pas encore conclu.

⁸⁸ Art. 4 al. 1 CO.

⁸⁹ Art. 5 al. 1 CO.

⁹⁰ Art. 100 al. 1 LCA ; MEUWLY, p. 25.

⁹¹ FUHRER, *PVR*, p. 50 N 3.1 ; LANDOLT/WEBER, p. 25.

⁹² ATF 112 II 245, consid. II/1a à p. 252 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 276 N 496 ; CARRÉ, p. 101 ; KOENIG, p. 67 ; MAURER, p. 213.

⁹³ MEUWLY, p. 26.

⁹⁴ BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 276 N 498 et 279 N 503 ; CARRÉ, p. 101 ; FUHRER, *PVR*, p. 52 N 3.12 ; KUHN/MONTAVON, pp. 128 et 135 ; MAURER, p. 214 ; MEUWLY, p. 26 ; KOENIG, p. 69 ; SCHAEER, *MVR*, pp. 292 N 35 et 292 N 36 ; VIRET, p. 76.

⁹⁵ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 276 N 497 ; KUHN/MONTAVON, p. 128.

⁹⁶ ATF 126 III 82, consid. 3b à p. 84 ; ATF 120 II 133, consid. 4b à p. 136 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 277 n.b.p. 873 et 279 N 503 ; CARRÉ, p. 101 ; FUHRER, *PVR*, pp. 51 N 3.8 et 63 N 3.47 ; LANDOLT/WEBER, p. 31.

⁹⁷ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 278 N 500.

⁹⁸ Art. 1 al. 4 LCA.

⁹⁹ ATF 112 II 245, consid. II/1a à p. 252.

3.3.1.2 L'entrée en force des effets du contrat d'assurance

En principe, un contrat d'assurance est conclu dès que l'acceptation arrive au preneur. Cet instant ne coïncide cependant pas forcément avec le début de ses effets¹⁰⁰. La LCA ne prévoit aucune disposition spécifique à ce sujet et la seule loi susceptible de régler la question est encore une fois le CO.

En cas de contact direct entre les parties lors de la conclusion, le contrat d'assurance déploie immédiatement ses effets et les incertitudes sont minimales¹⁰¹. Par contre, des difficultés surgissent s'il est conclu entre absents. D'après l'art. 10 al. 1 CO, le début des effets contractuels se vérifie à l'époque de l'expédition de l'acceptation, alors que, dans le contexte d'assurance, la conclusion du contrat a lieu dès qu'une réponse affirmative parvient au proposant. Par conséquent, l'assureur devrait garantir une couverture avant la conclusion du contrat d'assurance, étant donné que ses effets sont déjà entrés en vigueur. Il s'agit d'un résultat inacceptable qui, dans une certaine mesure, est contraire à la logique de l'art. 9 LCA¹⁰².

Une bonne partie de la doctrine estime que la LCA présente une lacune sur ce point¹⁰³ et nous partageons cet avis. Avec MAURER, nous considérons qu'il n'est pas opportun de se référer à l'art. 10 al. 1 CO, puisque dans le régime légal de la LCA les effets contractuels ne devraient pas se produire avant la conclusion du contrat¹⁰⁴.

En tout cas, les effets du contrat d'assurance ne peuvent pas remonter rétroactivement jusqu'au moment de l'expédition de l'acceptation si, lors de sa réception par le preneur, le risque a déjà disparu ou bien si le sinistre est déjà survenu¹⁰⁵. L'art. 9 LCA est à la base de ce raisonnement. Il a en effet des conséquences juridiques dans l'éventualité où les états de fait qu'il proscribit se seraient déjà vérifiés à la conclusion du contrat d'assurance¹⁰⁶.

Par ailleurs, l'applicabilité de l'art. 9 LCA se détermine toujours en fonction de la conclusion, indépendamment du commencement effectif de la couverture. Cela dit, l'art. 9 LCA ne s'applique pas si le risque assuré disparaît ou si le sinistre survient après la conclusion de l'accord, mais avant le début des effets contractuels¹⁰⁷.

L'impact pratique de ces controverses est restreint, étant donné que l'assureur et le preneur d'assurance peuvent stipuler des accords spécifiques qui dérogent au régime légal du CO. L'entrée en vigueur du contrat d'assurance dépend donc largement de la volonté des parties contractantes¹⁰⁸.

Nous trouvons plusieurs types d'arrangements contractuels: les parties peuvent notamment établir une date précise quant au début des effets contractuels (p. ex. le premier jour du mois)¹⁰⁹ ou encore subordonner l'entrée en vigueur de la couverture au versement de la première prime (clauses de régularisation)¹¹⁰. À ce propos, la date qui figure sur la police d'assurance,

¹⁰⁰ BSK VVG NEF, N 18 ad Art. 9 LCA, p. 179 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 306 N 576 et 345 N 654 ; FUHRER, *PVR*, p. 62 N 3.42 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, pp. 143 et 162 ; MAURER, p. 224 ; ROELLI/KELLER, pp. 51 et 52 ; SCHAER, *MVR*, p. 283 N 14 ; VIRET, p. 85.

¹⁰¹ CR CO I MORIN, N 1 ad Art. 10, p. 78 ; BSK VVG NEF, N 20 ad Art. 9 LCA, p. 180 ; ROELLI/KELLER, p. 52.

¹⁰² BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 306 N 576 et 345 n.b.p. 1159 ; MAURER, p. 224.

¹⁰³ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 306 N 576 ; FUHRER, *PVR*, p. 62 N 3.45 ; MAURER, p. 224.

¹⁰⁴ BSK VVG NEF, N 19 ad Art. 9 LCA, p. 180 ; MAURER, p. 224 ; MEUWLY, pp. 28 et 29.

¹⁰⁵ BSK VVG NEF, N 19 ad Art. 9 LCA, p. 180 ; ROELLI/KELLER, p. 176.

¹⁰⁶ ROELLI/KELLER, p. 176.

¹⁰⁷ BSK VVG NEF, N 19 ad Art. 9 LCA, pp. 179 et 180 ; ROELLI/KELLER, p. 176 n.b.p. 2 ; VIRET, p. 82.

¹⁰⁸ BREHM, p. 52 N 89 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, pp. 143 et 163 ; MEUWLY, p. 29.

¹⁰⁹ MAURER, p. 224.

¹¹⁰ Art. 19 al. 2 LCA *a contrario* ; BSK VVG NEF, N 19 ad Art. 9 LCA, p. 180 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 307 N 577 ; BREHM, pp. 52 N 90 et 126 N 319 ; KOENIG, p. 119 ; MAURER, p. 225 ; MEUWLY, p. 30 ; ROELLI/KELLER, p. 320 ; VIRET, p. 86.

c'est-à-dire le document constatant les droits et les obligations des parties que l'assureur doit remettre au preneur conformément à l'art. 11 al. 1 LCA, n'a aucune incidence, ni pour la conclusion du contrat, ni pour le commencement de ses effets¹¹¹. La police constitue seulement un document probatoire, susceptible d'être antidaté ou postdaté. Le preneur pourrait éventuellement essayer d'invoquer le fait qu'elle est en réalité antidatée parce que l'assureur voulait élargir une couverture provisoire¹¹².

De toute façon, la convention qui envisage un début des effets contractuels antérieur à celui prévu par le régime légal représente une assurance rétroactive, interdite par l'art. 9 LCA¹¹³. Imaginons, à titre d'exemple, la situation dans laquelle l'assureur garantit une couverture d'assurance dès la remise de l'offre à son agent. Dans ce cas, la prise en charge du sinistre qui par hypothèse se produirait avant l'effective conclusion du contrat, doit être refusée et le contrat déclaré nul en vertu de l'art. 9 LCA¹¹⁴. Là aussi, une couverture serait exceptionnellement possible en reconnaissant l'existence d'une couverture provisoire¹¹⁵.

3.3.1.3 Les couvertures provisoires

Une couverture provisoire (*provisorische Deckungen, vorläufige Deckungszusage*) est une convention d'assurance qui protège le preneur contre les conséquences dommageables d'un événement redouté pendant un intervalle réduit. La période prise en considération précède la conclusion du contrat définitif¹¹⁶. En effet, trouver un accord sur l'ensemble des points essentiels du contrat d'assurance peut prendre du temps, alors que le preneur d'assurance peut avoir besoin d'une couverture immédiate. Le système des couvertures provisoires permet de surcroît à l'assureur de procéder à un examen détaillé de la proposition d'assurance, sans l'obstacle de délais légaux¹¹⁷. L'étendue de la garantie provisoire peut soit être égale à celle du contrat de base, soit être réduite. Les couvertures temporaires perdurent jusqu'à la décision finale concernant l'acceptation ou le refus de l'offre, mais elles ne confèrent pas le droit absolu à la conclusion du contrat d'assurance qui pourrait suivre¹¹⁸.

Aujourd'hui il est admis que les couvertures provisoires sont des contrats indépendants et non pas des promesses de contracter¹¹⁹. Nous sommes confrontés à de véritables garanties d'assurance, soumises au régime de l'art. 9 LCA. Ainsi, si le risque assuré se produit avant la conclusion de la couverture provisoire, celle-ci est nulle. Si par contre le sinistre survient dans un deuxième temps, la couverture provisoire demeure valable, précisément en raison du fait qu'elle ne représente pas un déclenchement rétroactif du contrat d'assurance principal¹²⁰.

¹¹¹ CARRÉ, p. 101 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, pp. 162 et 164 ; ROELLI/KELLER, pp. 51 et 53.

¹¹² ROELLI/KELLER, p. 176.

¹¹³ FUHRER, *PVR*, p. 63 N 3.46 ; MEUWLY, p. 29 ; ROELLI/KELLER, p. 52.

¹¹⁴ *VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ*, N 14/15 *ad* Art. 9, p. 75.

¹¹⁵ CARRÉ, p. 160.

¹¹⁶ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 307 N 579 ; LANDOLT/WEBER, p. 58 ; MAURER, p. 226 ; SCHAER, *MVR*, p. 457 N 25 ; VIRET, p. 76.

¹¹⁷ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 307 N 579 ; FUHRER, *PVR*, p. 65 N 3.57 ; KOENIG, p. 74 ; MAURER, p. 226.

¹¹⁸ ATF 93 II 111, consid. 5 à p. 121 ; ATF 112 II 245, consid. 2bb à p. 258 ; MAURER, p. 226 ; ROELLI/KELLER, p. 178 ; *VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ*, N 49 *ad* Art. 1, p. 25.

¹¹⁹ Art. 22 al. 1 CO ; ATF 112 II 245, consid. 1b à p. 253 ; TF 4A_141/2009 du 7.9.2009, consid. 5.1 ; BSK VVG STOESEL, N 46 *ad* Art. 1 LCA, p. 50 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 308 N 580 ; CARRÉ, p. 160 ; FUHRER, *PVR*, p. 65 N 3.57 ; KOENIG, p. 75 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, p. 191 n.b.p. 673 ; MAURER, pp. 226 et 227 ; MEUWLY, p. 30 n.b.p. 122 ; ROELLI/KELLER, p. 178 ; VIRET, p. 76.

¹²⁰ BSK VVG NEF, N 5 *ad* Art. 9 LCA, p. 175 ; ROELLI/KELLER, p. 179.

Enfin, l'art. 9 LCA sanctionne aussi les cas dans lesquels l'entrée en vigueur du contrat définitif est fixée en conjonction avec la conclusion de la couverture provisoire¹²¹.

Les couvertures provisoires sont utilisées surtout dans le domaine des assurances RC de véhicule automobile¹²².

Nous en mentionnerons brièvement une caractéristique qui illustre, d'un côté, la nécessité pratique d'une assurance immédiate et, de l'autre, certains inconvénients juridiques.

Ce genre d'assurance couvre la responsabilité civile du détenteur de véhicule automobile et est obligatoire. En effet, conformément à l'art. 63 al. 1 LCR, sans une telle garantie il serait défendu de mettre en circulation un véhicule automobile sur la voie publique et l'assureur RC doit établir une attestation qui certifie l'existence d'une telle assurance¹²³.

Un cas particulièrement intéressant est celui de l'**attestation anticipée**. Les assureurs RC l'élargissent avant la conclusion du contrat d'assurance, afin de permettre au détenteur du véhicule de recevoir un permis de circulation et des plaques de contrôle dès que possible¹²⁴. Dans ce contexte, la délivrance d'une attestation anticipée pourrait représenter une assurance rétroactive qui tombe sous le coup de l'art. 9 LCA¹²⁵.

À cet égard, il convient de mettre en évidence que l'attestation ne doit pas être confondue avec une couverture provisoire, même s'il se peut qu'elle soit délivrée sur la base de celle-ci¹²⁶. En effet, l'attestation ne fait que prouver l'existence d'une couverture d'assurance, mais il faut encore déterminer la base sur laquelle repose l'obligation de prise en charge.

Le Tribunal fédéral a affirmé que l'attestation d'assurance « *ne constitue [...] pas en soi une déclaration juridiquement valable de l'assureur envers le détenteur qui veut s'assurer, car elle n'est pas destinée à celui-ci, mais à l'autorité. [...] Elle prouve seulement que l'assurance conclue pour le véhicule en question est conforme aux prescriptions de la LCR* »¹²⁷. Cependant, « *sa remise au détenteur peut [...] avoir aussi son importance en ce qui concerne la conclusion du contrat d'assurance entre l'assureur et le détenteur* »¹²⁸.

La situation juridique est complexe et plusieurs hypothèses doivent être prises en considération. Imaginons que, avant la remise de l'attestation d'assurance, le preneur ait fait une offre complète à l'assureur. Dans ce cas, le Tribunal fédéral a considéré que la remise par l'assureur de l'attestation sans aucune réserve peut alors être interprétée, selon les règles de la bonne foi, comme étant une acceptation de l'offre du proposant par actes concluants¹²⁹. Si, en revanche, l'assureur fait une réserve (p. ex. quant à la somme assurée), nous sommes confrontés à une contre-offre de sa part. L'acceptation dépend donc uniquement de la volonté du preneur¹³⁰. Toujours selon le Tribunal fédéral, l'assureur qui transmet l'attestation d'assurance, tout en se réservant expressément dans les conditions générales la possibilité de refuser la proposition du preneur, offre en réalité la conclusion d'une couverture provisoire¹³¹.

¹²¹ FUHRER, *PVR*, p. 66 N 3.62.

¹²² BSK VVG STOESSEL, N 49 *ad* Art. 1 LCA, p. 51 ; ROELLI/KELLER, p. 177.

¹²³ Art. 68 al. 1 LCR ; BREHM, p. 51 N 86 ; LANDOLT/WEBER, p. 181 ; MAURER, p. 545.

¹²⁴ BREHM, pp. 52 et 53 N 93.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ VVG–*Nachführungsband* NEF/ZEDWITZ, N 49 *ad* Art. 1, p. 25 ; MAURER, p. 227.

¹²⁷ JdT 1968 I 74, pp. 80 et 81.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ ATF 93 II 111, consid. 4 à p. 119 ; BSK VVG STOESSEL, N 31 *ad* Art. 1 LCA, p. 46 ; BREHM, p. 57 N 104.

¹³⁰ ATF 93 II 111, consid. 4 à p. 119.

¹³¹ ATF 93 II 111, consid. 5 à p. 121 ; BSK VVG STOESSEL, N 49 *ad* Art. 1 LCA, p. 51 ; BUSSY/RUSCONI, N 1.2 *ad* Art. 68 LCR, p. 787 ; CARRÉ, p. 112 et LANDOLT/WEBER, p. 58.

Nous approuvons ce raisonnement, puisqu'il autorise une prise en charge du sinistre malgré l'existence de l'art. 9 LCA, tout en restant conforme à la logique contractuelle du droit des assurances privées.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'attestation d'assurance « *a aussi son importance en ce qui concerne la responsabilité de l'assureur vis-à-vis des tiers* »¹³². Ainsi, ces derniers peuvent partir du principe que les actes du détenteur sont couverts par une assurance RC¹³³. L'assureur doit subir les conséquences de cette présomption, qu'il fait naître par le biais de l'attestation d'assurance¹³⁴. Dans l'hypothèse où un contrat d'assurance n'a pas été conclu, BREHM considère alors que l'assureur a l'obligation légale de fournir sa prestation, fondée directement sur l'art. 68 LCR¹³⁵. Bien qu'elle méconnaisse complètement les rapports internes entre l'assureur et le détenteur, cette théorie permet de régler la situation juridique en l'absence d'un contrat, avec l'avantage de protéger les tiers.

3.3.2 La disparition du risque

Un risque disparaît lorsque l'éventualité qu'il se réalise à l'avenir doit être écartée. Il faut, en d'autres termes, pouvoir admettre que les états de fait susceptibles d'entraîner un jour des conséquences dommageables ne se vérifieront pas¹³⁶. À ce propos, NEF cite l'exemple d'une paire de skis qui est déjà complètement détruite avant la stipulation d'une assurance contre le vol. Le risque a disparu, puisque personne ne peut voler un objet qui n'existe plus¹³⁷.

L'art. 9 LCA rend nul le contrat d'assurance en cas de disparition du risque au moment de sa conclusion. À défaut de risque, l'intérêt à bénéficier d'une protection disparaît aussi et le maintien de la garantie n'a plus de sens. Le niveau de connaissance des parties contractantes n'est pas déterminant: ce qui compte est l'état objectif des choses¹³⁸. En revanche, l'art. 9 LCA ne joue aucun rôle s'il y a une disparition temporaire du risque ou si le risque n'existe pas à l'acceptation de la couverture, mais il existera vraisemblablement par la suite (les parties ont un intérêt assurable et le contrat est conditionnel)¹³⁹.

La notion de la disparition du risque est nécessaire pour bien comprendre la portée de l'art. 9 LCA, mais, selon ROELLI et KELLER, elle est indépendante de la conclusion d'une assurance rétroactive. En effet, l'art. 9 LCA sanctionne toutes les situations dans lesquelles un risque a existé et a disparu ensuite, alors que c'est l'art. 20 CO qui s'applique quand le risque n'a pas existé ou n'aurait jamais pu exister¹⁴⁰. Nous concordons avec ces auteurs.

Comme indiqué précédemment, nous sommes de l'avis qu'en cas de disparition du risque, le champ d'application de l'art. 20 CO et celui de l'art. 9 LCA se superposent¹⁴¹. Le contrat

¹³² JdT 1968 I 74, p. 80 ; BUSSY/RUSCONI, N 1.2 *ad* Art. 68 LCR, p. 787.

¹³³ BUSSY/RUSCONI, N 1.2 *ad* Art. 68 LCR, p. 787.

¹³⁴ BREHM, pp. 53 N 94 et 57 N 105.

¹³⁵ BREHM, p. 53 N 93.

¹³⁶ HASLER, p. 25.

¹³⁷ BSK VVG NEF, N 14 *ad* Art. 9 LCA, p. 177 ; ROELLI/KELLER, pp. 43 et 174 n.b.p. 2.

¹³⁸ BSK VVG NEF, N 17 *ad* Art. 9 LCA, p. 179 ; HASLER, pp. 29 et 56 ; KOENIG, p. 160 ; ROELLI/KELLER, p. 174 ; VIRET, p. 82.

¹³⁹ ROELLI/KELLER, p. 174.

¹⁴⁰ ROELLI/KELLER, p. 174 ; *contra* GANTENBEIN, p. 134 (résumé par HASLER, p. 59). GANTENBEIN considère que l'art. 20 CO ne régleme pas les assurances rétroactives. Ainsi, en l'absence d'une garantie rétroactive, l'art. 20 CO s'applique si le risque fait défaut au moment de la conclusion du contrat, peu importe qu'il ait déjà ou qu'il n'ait jamais existé.

¹⁴¹ À ce sujet, *cf.* pp. 6 et 7.

d'assurance est toujours nul, indépendamment de la présence d'une assurance rétroactive. Néanmoins, avec le terme « *disparaît* », la formulation de l'art. 9 LCA suggère que le risque a dû exister autrefois. Dans ces situations, il faudrait alors appliquer l'art. 9 LCA en tant que *lex specialis*.

3.3.3 La survenance du sinistre

La LCA mentionne le terme « *sinistre* » à plusieurs reprises, sans toutefois le définir¹⁴². De façon générale, la doctrine et la jurisprudence concordent pour dire que le sinistre est la réalisation de l'événement ayant poussé le preneur à stipuler une garantie d'assurance, c'est-à-dire le risque¹⁴³. Ainsi, en cas d'assurance contre les incendies, un sinistre survient si un incendie éclate et endommage la chose assurée. À ce stade, le besoin de prévoyance s'avère sur un plan réel et tangible. La survenance du sinistre est également désignée par l'expression « *cas d'assurance* », mais nous pouvons aussi parler de « *conditions d'obtention des prestations d'assurance* ». En effet, le preneur est légitimé à revendiquer la protection d'assurance matérielle seulement quand l'événement redouté se vérifie¹⁴⁴.

Trois conditions cumulatives doivent être réunies dans le cas d'espèce pour pouvoir reconnaître la survenance d'un sinistre. La réalisation d'un **état de fait** est tout d'abord indispensable. Afin de déclencher l'octroi des prestations de garantie, toutefois, il ne doit pas s'agir de n'importe quel état de fait. En effet, il faut être en présence de la situation que le preneur craint lors de la souscription du contrat d'assurance et contre la survenance de laquelle il ressent le besoin de se protéger¹⁴⁵. Il est nécessaire ensuite que l'**objet assuré ait été atteint** et endommagé (p. ex. une chose est détériorée, une personne est blessée ou un patrimoine subit des pertes). Nous ne sommes donc pas confrontés à un cas d'assurance, si le risque se manifeste sans affecter l'objet assuré ; en ce sens, le risque et l'objet assuré sont indissociables¹⁴⁶. Il suffit qu'un dommage se soit *de facto* produit, peu importe qu'il ait effectivement été perçu comme tel ou que son ampleur ait déjà été déterminée¹⁴⁷. Enfin, le dommage et l'événement redouté doivent être dans un **rapport de causalité adéquate**, établi conformément aux prescriptions générales du droit privé. En d'autres termes, la réalisation de l'état de fait n'est pas uniquement la *conditio sine qua non* du dommage (lien de causalité naturelle), mais elle est aussi apte à provoquer, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, un préjudice du même ordre de grandeur que celui qui est effectivement survenu¹⁴⁸. D'un point de vue pratique, la difficulté à établir l'existence d'un lien de causalité augmente au fur et à mesure que la survenance du dommage s'éloigne de la réalisation du risque¹⁴⁹.

¹⁴² Art. 8, 9, 10, 14, 15, 17, 29, 32, 38, 39, 48, 61, 62, 64, 66, 71 et 96 LCA ; ATF 142 III 671, consid. 3.5 ; BRULHART, *Des conflits d'intérêts*, p. 89 ; BRULHART, *Le cas d'assurance*, p. 86 ; FREY/EISENRING, p. 210 ; FUHRER, *PVR*, p. 280 N 11.2 ; KUHN/MONTAVON, p. 231 ; MAURER, p. 327 ; SCHAER, *MVR*, p. 495 N 50.

¹⁴³ ATF 136 III 334, consid. 3 à p. 339 ; BSK VVG NEF, N 15 *ad* Art. 9 LCA, p. 178 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 378 N 728 ; KOENIG, p. 261 ; MEUWLY, p. 33 ; VIRET, p. 121.

¹⁴⁴ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 378 N 728 ; HALLER, p. 224 N 550 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, p. 244 ; LANDOLT/WEBER, p. 69 ; MAURER, p. 327 ; MEUWLY, p. 35.

¹⁴⁵ « *L'événement redouté* » ou « *das befürchtete Ereignis* » ; BRULHART, *Le cas d'assurance*, p. 86 ; MEUWLY, p. 36.

¹⁴⁶ BRULHART, *Le cas d'assurance*, p. 86 ; KOENIG, pp. 261 et 262 ; MAURER, p. 327 ; MEUWLY, p. 37.

¹⁴⁷ KOENIG, p. 262.

¹⁴⁸ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 379 N 728 ; FUHRER, *PVR*, p. 282 N 11.7 ; KOENIG, p. 263 ; LANDOLT/WEBER, p. 70 ; MEUWLY, p. 40.

¹⁴⁹ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 379 N 729 ; MEUWLY, p. 41.

En principe, le preneur d'assurance peut exiger la prise en charge de son préjudice seulement si le sinistre survient au cours de la période de validité du contrat¹⁵⁰. À ce propos, l'art. 9 LCA énonce clairement que la garantie d'assurance est valable et susceptible de produire ses effets dans l'hypothèse où le risque se réaliserait pendant la durée de la couverture. Le contrat est nul, par contre, si le sinistre s'est déjà vérifié avant sa conclusion. Il est sans pertinence que les parties contractantes aient ignoré ou connu la réalité des choses¹⁵¹. Ainsi, le contrat d'assurance qui protège un bâtiment contre les avalanches est nul si, lors de sa conclusion, ledit bâtiment a déjà fait l'objet de tels dégâts.

La détermination du **moment de la survenance du sinistre** est parfois très facile, notamment en cas de réalisation simultanée de toutes les conditions à la survenance du sinistre. Les incertitudes sont très rares en matière d'assurances des choses, puisqu'il y a souvent une conjonction temporelle entre la réalisation du risque et la matérialisation du dommage¹⁵². En revanche, la question se complique dans le domaine des **assurances de la responsabilité** (p. ex. l'assurance RC privée ou l'assurance D&O)¹⁵³. Le but de l'assurance RC est celui de protéger le preneur d'assurance contre les préjudices économiques résultant de la nécessité de défendre sa position vis-à-vis d'insinuations de tiers ou de réparer le tort effectivement causé à une personne lésée¹⁵⁴. Il s'agit ainsi d'une assurance de type patrimonial et le risque assuré représente l'éventualité pour l'assuré de subir une perte économique suite à l'adoption d'un comportement reprochable, engageant sa responsabilité civile. La garantie couvre uniquement le patrimoine du preneur et non pas celui du lésé¹⁵⁵. Ces conventions intéressent plusieurs domaines, tels que celui des véhicules à moteur, celui des professions libérales (les médecins, les avocats, etc.) ou celui des cadres d'entreprise et, dans ce contexte, la fixation du moment de la survenance du sinistre est toujours débattue en doctrine¹⁵⁶. En effet, l'atteinte à l'objet assuré ou le préjudice causé au tiers se manifestent habituellement bien plus tard que l'événement redouté¹⁵⁷.

La question centrale est celle de savoir à partir de quand le patrimoine du preneur d'assurance est touché. En règle générale, « *un patrimoine est diminué dans sa valeur lorsqu'une partie en est distraite sans apport en contre-partie* »¹⁵⁸. Les avis doctrinaux demeurent contradictoires, car, selon certains auteurs, il suffirait que la responsabilité civile du preneur soit engagée sur le principe, bien avant qu'un prélèvement en argent ait lieu.

La première opinion partagée en doctrine veut que le sinistre survienne avec la manifestation de l'événement dommageable susceptible d'entraîner des conséquences pour le patrimoine de l'assuré, indépendamment du caractère utopiste ou réaliste d'une future condamnation à sa charge (**théorie de l'événement dommageable ou de la cause du dommage direct**, « *Verstosstheorie* »)¹⁵⁹. En d'autres termes, « *l'obligation (latente) de payer des dommages-*

¹⁵⁰ ATF 100 II 403, consid. 2 à p. 407 ; BRULHART, *Le cas d'assurance*, p. 87 ; KOENIG, p. 508 ; MAURER, p. 328.

¹⁵¹ ATF 136 III 334, consid. 3 à p. 340 ; TF 4A_39/2009 du 7.4.2009, consid. 3.5.2 ; BSK VVG NEF, N 17 ad Art. 9 LCA, p. 179 ; CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 264 ; HALLER, p. 224 N 550 ; KOENIG, p. 160 ; MAURER, p. 328 ; ROELLI/KELLER, p. 174.

¹⁵² ATF 100 II 403, consid. 4b à p. 408 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 379 N 729 ; VIRET, p. 121.

¹⁵³ MAURER, p. 329 ; MÜLLER, p. 82 N 282 ; VIRET, p. 121.

¹⁵⁴ TF 5C.237/2001 du 11.1.2002, consid. 3a ; BREHM, p. 27 N 9 ; BRULHART, p. 380 N 730 ; MEUWLY, pp. 49 et 95.

¹⁵⁵ BRULHART, *La couverture dans le temps*, p. 56 ; FREY/EISENRING, p. 210 ; KOENIG, p. 506.

¹⁵⁶ BSK VVG NEF, N 16 ad Art. 9 LCA, p. 178 ; HALLER, p. 193 N 466 ; MAURER, p. 329 ; MEUWLY, p. 49 ; KOENIG, p. 506.

¹⁵⁷ MAURER, p. 329 ; KOENIG, pp. 262 et 506.

¹⁵⁸ BREHM, p. 30 N 24. Cf. la théorie de la différence.

¹⁵⁹ Cf. p. ex. KOENIG, p. 507.

intérêts prend naissance à ce moment, et pèse sur le patrimoine de l'auteur du dommage »¹⁶⁰. À titre d'exemple, pour déclencher le droit aux prestations d'assurance, il suffit que l'assuré pollue une rivière au cours de la période de validité du contrat sans que cela entraîne des conséquences immédiates. En effet, il se peut que le preneur soit obligé d'utiliser à l'avenir son patrimoine, de manière à rembourser une potentielle victime. La fixation du sinistre si tôt dans le temps permet d'éviter les situations abusives dans lesquelles l'assuré, conscient de ses défaillances, se hâte et conclut dès que possible un contrat d'assurance dans le seul but de se prémunir contre les conséquences de l'acte répréhensible commis¹⁶¹.

D'autres auteurs considèrent en revanche qu'il y a un cas d'assurance lorsque le dommage se manifeste auprès du tiers (**théorie de la causalité ou de la survenance du dommage**, « *Folge-oder Schadenerignistheorie* »)¹⁶². En effet, c'est souvent à ce point-ci que le lésé prend connaissance du fait qu'il est une victime et qu'il peut faire valoir ses droits en justice¹⁶³. L'avantage principal de cette conception est qu'il est possible d'enlever une bonne partie des doutes liés à la survenance du sinistre, puisque ce dernier fait défaut aussi longtemps qu'il n'y a un préjudice, indépendamment des investigations sur ses causes¹⁶⁴.

Enfin, une dernière partie de la doctrine préfère fixer l'instant clé à l'occasion de l'effective demande de réparation faite par le lésé (**théorie de la demande de réparation**, « *Anspruchserhebungsprinzip* »)¹⁶⁵. Cette théorie a l'avantage de faire entrer en ligne de compte la volonté subjective du lésé, élément qui est en revanche méconnu par les deux autres conceptions citées auparavant. La déclaration du lésé permet d'ailleurs de déterminer plus aisément le moment de l'atteinte¹⁶⁶.

Les commentateurs concordent uniquement sur le fait que le sinistre survient au plus tard au moment où la victime peut se prévaloir d'un **titre exécutoire** reconnaissant la dette en sa faveur (p. ex. un jugement condamnatore ou une transaction), ce qui, à l'évidence, représente une atteinte au patrimoine du responsable assuré. L'élément décisif est la communication de l'issue de l'arrêt aux parties et non pas l'exécution du paiement¹⁶⁷.

La jurisprudence du Tribunal fédéral est, quant à elle, fluctuante: dans des arrêts anciens, les juges fédéraux semblaient préférer la théorie de la demande de réparation, alors que, plus récemment, ils ont préféré laisser la question ouverte¹⁶⁸.

En dépit des controverses doctrinales, nous devons mettre en évidence encore une fois le rôle prépondérant que la liberté contractuelle occupe en droit des assurances privées¹⁶⁹. En effet,

¹⁶⁰ BRULHART, *La couverture dans le temps*, p. 57 ; cf. aussi MEUWLY, p. 51.

¹⁶¹ ATF 100 II 403, consid. 4b à p. 410 ; BREHM, p. 129 N 329.

Les intérêts de l'assureur sont alors en péril, puisqu'il est exposé au phénomène de l'*antisélection*. D'après BRULHART, l'*antisélection* se conçoit comme étant « *la tendance des proposant de rechercher la garantie d'assurance avant tout pour les classes de risques les plus dangereuses et les moins profitables pour l'assureur, aux conditions les plus avantageuses pour eux* (BRULHART, *Mutualité*, p. 438) ».

¹⁶² Cf. p. ex. FÄSSLER, pp. 52 et 53 ; LENTZSCH, p. 59.

¹⁶³ BRULHART, *La couverture dans le temps*, pp. 57 et 58.

¹⁶⁴ GROSS, p. 79 ; MÜLLER, p. 83 N 285.

¹⁶⁵ Cf. p. ex. BREHM, pp. 32 N 28 et 33 N 30 ; HALLER, p. 193 N 467.

¹⁶⁶ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 381 N 730.

¹⁶⁷ BSK VVG NEF, N 16 ad Art. 9 LCA, p. 178 ; BREHM, p. 30 N 25 ; MEUWLY, p. 50.

¹⁶⁸ ATF 100 II 403, consid. 3 à p. 408, s'agissant de l'interprétation d'un contrat d'assurance RC professionnelle destiné à couvrir « *les dommages causés pendant sa durée* », le Tribunal fédéral a appliqué la théorie de l'événement dommageable. BSK VVG NEF, N 16 ad Art. 9 LCA, p. 178 ; MAURER, p. 329 n.b.p. 803.

¹⁶⁹ Cf. p. 5.

dans ce contexte, ni l'art. 9 LCA ni les autres dispositions impératives de la LCA n'empêchent une définition libre des conditions quant à la survenance du sinistre¹⁷⁰. Ainsi, il est toujours indispensable d'analyser premièrement les termes du contrat d'assurance, afin de déterminer la volonté réelle des parties. Les assureurs font souvent usage de cette possibilité dans la vie des affaires et les conditions générales doivent être examinées avec soin¹⁷¹. En règle générale, les compagnies d'assurance se subdivisent en deux groupes: certaines préfèrent les clauses qui tablent sur la cause du dommage (*cf.* les clauses « *act committed* », qui consacrent la théorie de l'événement dommageable ou les clauses « *loss occurrence* », qui se réfèrent à la théorie de la survenance du dommage), tandis que d'autres optent pour la demande de réparation (clauses « *claims-made* »)¹⁷².

3.3.3.1 Les clauses « *claims-made* » dans l'assurance responsabilité civile

Les clauses « *claims-made* » fixent la survenance du sinistre en conjonction avec la demande de réparation, orale ou écrite, adressée au preneur d'assurance par le tiers lésé. En ce sens, la couverture d'assurance déploie ses effets uniquement dans le cas où la requête en dommages-intérêts est formulée pendant la durée de validité du contrat, indépendamment du moment de la réalisation de l'événement redouté ou de celui auquel le préjudice se manifeste auprès de la victime¹⁷³. L'assureur doit donc effectuer sa prestation même si le dommage a été causé avant la conclusion du contrat¹⁷⁴. Ces clauses sont très répandues dans les assurances RC professionnelles des fiduciaires, des avocats, des notaires, des administrateurs des sociétés, ainsi qu'en matière de préjudices de fortune (ou préjudices purement économiques)¹⁷⁵.

En règle générale, contrairement aux clauses « *act committed* » et « *loss occurrence* », les clauses « *claims-made* » n'ont pas l'effet de prolonger l'engagement de l'assureur au-delà de la période de validité du contrat, puisque le danger que les préjudices causés soient découverts longtemps après l'expiration de la couverture est très réduit¹⁷⁶. Par surcroît, l'établissement des faits est plus facile, en raison du fait qu'il y a, très souvent, une pièce écrite qui atteste l'instant précis de la réclamation¹⁷⁷.

Un laps de temps énorme peut s'écouler entre le moment de la survenance du dommage et celui de la demande. L'inconvénient principal des clauses « *claims-made* » est précisément lié au fait que l'assureur serait en mesure de résilier le contrat d'assurance et de refuser la prestation de couverture pour les préjudices déjà intervenus, mais pas encore reportés¹⁷⁸. Ensuite, le responsable pas encore assuré qui, par hypothèse, est conscient d'avoir provoqué un dommage serait tenté de conclure immédiatement un contrat d'assurance. La porte est ouverte aux abus, car la victime pourrait, en accord avec le futur preneur, attendre la perfection du contrat avant

¹⁷⁰ TF 5C.237/2001 du 11.1.2002, consid. 3b ; BSK VVG NEF, N 16 *ad* Art. 9 LCA, p. 178 ; BREHM, p. 33 N 32 ; FREY/EISENRING, p. 215 ; MAURER, p. 331 ; RUSCONI, p. 401 ; SCHAER, *MVR*, p. 496 N 52.

¹⁷¹ BRULHART, *La couverture dans le temps*, p. 59 ; MEUWLY, p. 98.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ BRULHART, *Des conflits d'intérêts*, p. 89 ; FREY/EISENRING, p. 217 ; HALLER, p. 226 N 555 ; MEUWLY, p. 97 ; SCHAER, *MVR*, p. 459 N 33 ; SCHLÜCHTER, p. 97.

¹⁷⁴ BREHM, p. 131 N 333.

¹⁷⁵ TF 5C.237/2001 du 11.1.2002, consid. 3bb ; BREHM, p. 131 N 333 ; BRULHART, *La couverture dans le temps*, p. 61 ; GROSS, p. 80 ; HALLER, pp. 193 N 467 et 224 N 552 ; MEUWLY, p. 108 ; RUSCONI, p. 402.

¹⁷⁶ HALLER, p. 225 N 555 ; SCHLÜCHTER, p. 97.

¹⁷⁷ HALLER, pp. 227 et 228 N 560 ; KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, p. 135.

¹⁷⁸ MÜLLER, p. 84 N 286 ; FUHRER, *PVR*, p. 466 N 20.8 ; FUHRER, *Claims-Made-Policen*, p. 103.

de requérir des dommages-intérêts¹⁷⁹. Par conséquent, en règle générale, les assureurs exigent que l'assuré n'ait pas eu connaissance, avant la première conclusion du contrat, « [...] d'aucun acte ou d'aucune omission engageant sa responsabilité civile » ou n'en ait pas pu « en avoir connaissance, compte tenu des circonstances »¹⁸⁰.

Les clauses « *claims-made* » sont discutées en doctrine, puisque les parties stipulent une garantie d'assurance qui, dans les faits, couvre les conséquences d'un événement dommageable s'étant manifesté avant la conclusion du contrat¹⁸¹. En d'autres termes, souvent l'acte générateur de responsabilité se vérifie avant la conclusion du contrat, tandis que la demande de réparation est avancée après. Sous l'angle de la théorie de la cause du dommage direct et de la théorie de la survenance du dommage, nous sommes ainsi confrontés à des assurances rétroactives, ce qui soulève la question d'une possible invalidation systématique des clauses « *claims-made* » sur la base de l'art. 9 LCA¹⁸². Selon plusieurs auteurs, les conditions d'application de l'art. 9 LCA ne sont pas remplies, étant donné qu'en adoptant la théorie de la demande de réparation, les parties subordonnent la survenance du sinistre à l'existence d'une réclamation. En effet, du point de vue contractuel, le risque subsiste jusqu'à ce que le lésé n'ait avancé ses prétentions¹⁸³. Il s'agit dès lors d'un cas d'assurance rétroactive valable, le sinistre n'étant pas encore survenu au moment de la conclusion du contrat d'assurance¹⁸⁴.

3.3.3.2 Les risques en deux phases (*die Stufengefahren*)

Selon FUHRER, la question de la réalisation du risque dans le domaine de l'assurance RC engendre une grande confusion en doctrine. Il conteste notamment le fait que les différentes théories et, respectivement, les différents types de clauses contractuelles examinées auparavant puissent aider à la définition de la survenance du sinistre¹⁸⁵. À cet égard, il a développé une thèse intéressante. Il estime que le risque assuré se manifeste souvent en deux phases et que sa réalisation ne conduit pas forcément à la survenance immédiate du sinistre¹⁸⁶. Toujours d'après FUHRER, deux événements doivent être distingués. Tout d'abord, l'événement primaire (*Primärgefahr*) est représenté par l'endommagement effectif ou allégué du lésé suite

¹⁷⁹ Cf. l'antisélection (ci-dessus, n.b.p. 149) ; BREHM, pp. 33 N 31 et 127 N 322 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 381 N 730 ; MEUWLY, p. 53.

¹⁸⁰ Art. 5.1 CGA-Assurance D&O AXA Winterthur (éd. 10.2013) ; Art. 8.2.2 CGA-Assurance responsabilité civile professionnelle Zurich SA (éd. 1.8.2014) ; BREHM, p. 131 N 333 ; BRULHART, *Des conflits d'intérêts*, p. 89 ; HALLER, p. 229 N 565 ; MEUWLY, p. 114 ; MÜLLER, p. 84 N 286 ; RUSCONI, p. 403 ; SCHLÜCHTER, p. 97.

¹⁸¹ WALTER, p. 62, qui donne un aperçu du régime dans les ordres juridiques d'autres pays. En France, les tribunaux ont interdit le recours au principe de réclamation, car les clauses « *claims-made* » privent l'assuré de la prise en charge du sinistre en vertu d'un fait qui ne dépend pas de lui. Par contre, en l'absence d'une réclamation, l'assureur bénéficie d'un avantage illicite, puisqu'il perçoit une prime sans contrepartie (BRULHART, *La couverture dans le temps*, p. 66). En Italie et en Allemagne, la question de la validité des clauses « *claims-made* » n'a pas encore trouvé de réponse. À ce propos, dans un arrêt de 2014, la Corte Suprema di cassazione italienne a conclu que l'extension de la couverture aux actes générateurs de responsabilité, qui ont eu lieu avant la conclusion du contrat d'assurance, n'enlève pas le caractère aléatoire du risque assuré. Cela dit, le contrat en soi demeure valable si, lors de sa conclusion, les parties n'étaient pas conscientes des événements passés. Dans ces circonstances, nier l'efficacité aux clauses « *claims-made* » serait donc injustifié (Arrêt n° 3622 du 17.02.2014).

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 16 ad Art. 9, p. 76 ; BRULHART, *Le cas d'assurance*, p. 89 ; BREHM, p. 131 N 333 ; FREY/EISENRING, p. 217 ; HALLER, pp. 193 N 467 et 226 N 555 ; MEUWLY, p. 121.

¹⁸⁴ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 383 N 731 ; MÜLLER, p. 84 N 286.

¹⁸⁵ FUHRER, *PVR*, pp. 464 et 465 N 20.6.

¹⁸⁶ ATF 142 III 671, consid. 3.7.1 à p. 679 ; FUHRER, *Claims-Made-Policen*, p. 102. Selon FUHRER, les risques en deux phases ou « *Stufengefahren* » s'opposent aux risques simples ou « *einfache Gefahren* » (FUHRER, *PVR*, pp. 19 et 20 N 2.8).

à l'action ou à l'omission de l'assuré, qui est susceptible d'engager sa responsabilité. Ensuite, l'événement secondaire (*Folgegefahr*) correspond au besoin d'une protection juridique en cas de défense contre des prétentions injustifiées ou l'établissement concret de la responsabilité du preneur d'assurance¹⁸⁷. Le sinistre survient une fois que le *Primär-* et le *Folgegefahr* se sont vérifiés¹⁸⁸.

Par ailleurs, encore selon FUHRER, il ne faut pas confondre la survenance du sinistre avec le champ d'application temporel du contrat d'assurance¹⁸⁹. Entre l'acte générateur de responsabilité et l'événement secondaire s'écoule souvent beaucoup de temps, ce qui rend nécessaire l'adoption d'un système cohérent. En règle générale, l'événement primaire est déterminant pour l'assignation d'un sinistre à un contrat d'assurance plutôt qu'à un autre. Par conséquent, sous réserve d'exceptions, l'assureur est tenu à fournir sa prestation si la garantie expire avant le *Folgegefahr*, mais après le *Primärgefahr*¹⁹⁰.

Dans le cadre des assurances RC, l'exception est représentée précisément par la possibilité octroyée aux parties de choisir l'une des théories mentionnées dans le chapitre précédent. FUHRER considère que ces théories sont en réalité des critères d'assignation, qui attribuent un cas de responsabilité à un contrat d'assurance déterminé. Ainsi, les clauses « *claims-made* » ne définissent pas le sinistre en l'espèce, mais lient l'affaire à la garantie d'assurance qui couvre la période au cours de laquelle le lésé a fait valoir ses droits pour la première fois¹⁹¹.

Le moment permettant d'établir la présence d'une assurance rétroactive est celui de la réalisation de l'événement primaire¹⁹². Chaque clause « *claims-made* » constitue donc une assurance rétroactive impérativement interdite, puisque le contrat d'assurance couvre des actes générateurs de responsabilité qui ont été commis avant sa conclusion¹⁹³. En outre, FUHRER soutient que l'utilisation systématique de ces clauses, y compris l'admission de leur validité, a comme conséquence le fait que l'interdiction de la possibilité de stipuler des assurances rétroactives est tout simplement ignorée en Suisse¹⁹⁴.

En raison de la liberté contractuelle et de son poids dans notre ordre juridique, FUHRER ne déclare pas illicites les clauses « *claims-made* »¹⁹⁵, mais il défend une thèse à certains égards convaincante: en s'appuyant aussi sur les solutions adoptées par plusieurs pays étrangers, il préconise l'extension du champ d'application de l'art. 10 LCA¹⁹⁶. À ce propos, l'art. 10 al. 1 LCA énonce que « *la règle de l'art. 9 de la présente loi ne s'applique aux assurances-incendie relatives à des objets situés à l'étranger et aux assurances-transport que si les deux parties, lors de la conclusion du contrat, savaient que le risque avait disparu ou que le sinistre était survenu* ». FUHRER suggère d'abandonner la lecture stricte de cette disposition au profit d'une interprétation *contra legem*, ce qui légitimerait les assurances rétroactives en cas de clauses

¹⁸⁷ FUHRER, *PVR*, pp. 464 et 465 N 20.6 ; FUHRER, *HAVE* 2012, p. 191.

¹⁸⁸ ATF 142 III 671, consid. 3.7.1 à p. 679 ; FUHRER, *PVR*, p. 20 N 2.8.

SCHAER partage un avis similaire à celui de FUHRER. Il considère que, dans les assurances de type « *causal* », il faut opérer une distinction entre les conditions régissant l'octroi des prestations primaires et les secondaires (*primäre und sekundäre Leistungsvoraussetzungen*). La survenance de l'événement redouté correspond à la réalisation des conditions primaires (SCHAER, *MVR*, p. 500 N 61).

¹⁸⁹ FUHRER, *PVR*, p. 465 N 20.6 ; FUHRER, *Claims-Made-Policen*, p. 102.

¹⁹⁰ FUHRER, *PVR*, p. 20 N 2.8.

¹⁹¹ FUHRER, *PVR*, p. 465 N 20.7 ; FUHRER, *Claims-Made-Policen*, p. 102 ; FUHRER, *HAVE* 2012, p. 191.

¹⁹² FUHRER, *PVR*, p. 102 N 5.21.

¹⁹³ FUHRER, *Claims-Made-Policen*, p. 102 ; FUHRER, *HAVE* 2012, p. 192.

¹⁹⁴ FUHRER, *HAVE* 2012, pp. 189 et 192.

¹⁹⁵ FUHRER, *PVR*, p. 467 N 20.11.

¹⁹⁶ FUHRER, *PVR*, pp. 467 et 468 N 20.13 ; FUHRER, *Claims-Made-Policen*, pp. 102 et 103 ; FUHRER, *HAVE* 2012, p. 192. Pour plus de détails sur l'art. 10 LCA, cf. le chap. 3.4.2.

« *claims made* ». En somme, une assurance rétroactive devrait être autorisée si le preneur ignore le fait qu'il pourrait avoir commis des actes susceptibles d'engager sa responsabilité civile¹⁹⁷. Le résultat est aussi conforme à la teneur des conditions générales habituellement utilisées dans la pratique¹⁹⁸.

3.4 Les conséquences juridiques

3.4.1 La nullité

À titre de rappel, l'art. 9 LCA est une disposition impérative ne tolérant aucune dérogation contractuelle¹⁹⁹. Un contrat d'assurance rétroactif est ainsi nul dès que les conditions objectives posées par la loi sont réunies. Il s'agit d'une nullité absolue (*ex tunc*) prononcée d'office par le juge. La conséquence est assez sévère, puisque le contrat est automatiquement privé de la faculté de déployer ses effets juridiques²⁰⁰. Les parties peuvent refuser l'exécution des prestations promises, tandis que celles qui ont déjà été accomplies doivent être restituées conformément aux règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 al. 2 CO)²⁰¹. En d'autres termes, l'assureur et le preneur d'assurance doivent être replacés dans la situation antécédente à la conclusion du contrat d'assurance²⁰².

La nullité peut frapper la convention dans son ensemble ou, au contraire, ne vicier que certaines clauses contractuelles. Une nullité partielle doit notamment être admise suite à la survenance incomplète du sinistre (p. ex. si une chose n'a été détruite qu'à moitié)²⁰³. Dans ce cas, selon la jurisprudence, il serait alors possible « *de s'assurer contre le risque affectant l'autre partie [du bien assuré], si la survenance de celui-ci est aléatoire* »²⁰⁴. L'art. 20 al. 2 CO est applicable, étant donné qu'une disposition spécifique de la LCA fait défaut²⁰⁵. La sauvegarde d'une section du contrat est envisageable, pour autant que l'assureur et le preneur l'aient conclu tout en sachant que certaines clauses sont nulles. Le juge doit donc s'interroger sur la volonté hypothétique des parties contractantes²⁰⁶.

Une fois que le contrat d'assurance a été déclaré nul, il faut ensuite examiner si les éléments essentiels d'un autre accord juridique sont réunis en l'espèce²⁰⁷. En effet, la nullité « *n'exclut point que, suivant les circonstances d'un cas spécial, les parties ne puissent avoir une autre volonté juridique, par exemple la volonté de faire une libéralité* »²⁰⁸.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ Cf. p. 18 n.b.p. 180.

¹⁹⁹ Art. 97 LCA ; cf. p. ex. BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 289 N 534.

²⁰⁰ TF 8C_324/2007 du 12.2.2008, consid. 4.2.1 ; BSK VVG NEF, N 22 ad Art. 9 LCA, p. 181 ; ROELLI/KELLER, p. 176.

²⁰¹ BSK VVG NEF, N 22 ad Art. 9 LCA, p. 181 ; ROELLI/KELLER, p. 176 ; VIRET, p. 82 ; *contra* FUHRER, *PVR*, p. 104 N 5.30. La restitution des prestations effectuées est parfois difficile, le contrat d'assurance étant un contrat de durée. FUHRER suggère alors qu'il faudrait admettre l'existence d'une relation contractuelle de fait (*faktisches Vertragsverhältnis*) et, par conséquent, d'une nullité *ex nunc*. Ainsi, les prestations ne doivent pas être répétées, puisque le contrat d'assurance n'est résilié que pour l'avenir.

²⁰² CR CO I GUILLOD/STEFFEN, N 95 ad Art. 19, 20, p. 202.

²⁰³ BSK VVG NEF, N 23 ad Art. 9 LCA, p. 180 ; FUHRER, *PVR*, p. 102 N 5.22 ; ROELLI/KELLER, p. 175.

²⁰⁴ ATF 136 III 334, consid. 3 à p. 340 ; ATF 127 III 21, consid. 2b/aa, p. 24 ; CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 264.

²⁰⁵ Art. 100 al. 1 LCA. BSK VVG NEF, N 23 ad Art. 9 LCA, p. 180 ; MAURER, p. 244 ; ROELLI/KELLER, p. 175.

²⁰⁶ CR CO I GUILLOD/STEFFEN, N 103 ad Art. 19, 20, p. 205 ; BSK VVG NEF, N 23 ad Art. 9 LCA, p. 180 ; ROELLI/KELLER, p. 175 ; MAURER, p. 244.

²⁰⁷ BSK VVG NEF, N 24 ad Art. 9 LCA, p. 181 ; ROELLI/KELLER, pp. 176 et 177. Cf. la théorie de la conversion.

²⁰⁸ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance du 2 février 1904, FF 1904 I 267, p. 307.

L'art. 9 LCA ne prévoit pas une obligation d'indemnisation à la charge de la partie qui aurait hypothétiquement conclu le contrat d'assurance de mauvaise foi²⁰⁹. À ce propos, nous pouvons imaginer la situation dans laquelle un assureur accepte de couvrir un risque, alors qu'il suppose déjà que la convention pourrait être nulle. Le Tribunal fédéral a reconnu l'existence d'une *culpa in contrahendo* de l'assureur qui, lors de la conclusion, omet d'informer l'assuré sur une possible application de l'art. 9 LCA²¹⁰. Le preneur de bonne foi peut alors demander la réparation des préjudices subis en phase de négociation²¹¹. Ces questions seront ultérieurement développées sous le chapitre 3.5.1.2.

3.4.2 Les exceptions

L'interdiction de l'assurance rétroactive souffre des exceptions consacrées aux art. 10 et 100 al. 2 LCA. La première exception touche les assurances-incendie et transport (3.4.2.1). Il s'agit d'un cas de figure particulièrement intéressant, puisqu'il légitime l'assurance rétroactive sur la base d'un critère subjectif, à savoir la connaissance de l'état de fait par les parties contractantes²¹². L'assureur et le preneur qui, de bonne foi, décident de conclure un contrat d'assurance doivent ainsi être protégés. En effet, les événements passés ne sont pas forcément connus et parfois cette ignorance permet l'existence d'une assurance valable²¹³. La solution envisagée par l'art. 10 LCA a servi de modèle au projet de révision partielle 2017²¹⁴. La deuxième exception à l'art. 9 LCA concerne en revanche l'assurance-chômage (3.4.2.2). Selon l'art. 100 al. 2 LCA et la LAMal, les assureurs maladie privés doivent augmenter, sous certaines conditions, la couverture d'assurance de façon rétroactive²¹⁵.

3.4.2.1 L'assurance-incendie et l'assurance-transport

L'art. 10 al. 1 LCA énonce que « *la règle de l'art. 9 de la présente loi ne s'applique aux assurances-incendie relatives à des objets situés à l'étranger et aux assurances-transport que si les deux parties, lors de la conclusion du contrat, savaient que le risque avait disparu ou que le sinistre était survenu* ». Le fait que, pour des raisons pratiques, un régime différent de celui de la nullité s'impose dans des branches d'assurance spécifiques est à la base de cet article²¹⁶. Plus précisément, le législateur a décidé de légitimer les garanties rétroactives dans les domaines de l'assurance-incendie et de l'assurance-transport. Le terme « *transport* » est ici plutôt large et il comprend les transports maritimes et terrestres²¹⁷. En matière d'assurances-incendie, par contre, il faut que le bien assuré (mobilier ou immobilier) se trouve en dehors de la Suisse. Le critère de la territorialité est le seul qui a un impact, alors que ni la nationalité ni le domicile des parties contractantes comptent²¹⁸.

Le contexte historique est très important pour bien comprendre les raisons du choix opéré à l'adoption de la LCA. Le Parlement de 1908 avait constaté que dans le commerce maritime les contrats d'assurance étaient stipulés une fois que le navire avait déjà quitté le port. L'assureur

²⁰⁹ BSK VVG NEF, N 25 *ad* Art. 9 LCA, p. 182.

²¹⁰ TF 5C.45/2004 du 9.7.2004, consid. 2.2.1 ; TF 8C_324/2007 du 12.2.2008, consid. 4.2.2 ; VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 25 *ad* Art. 9, p. 76 ; LANDOLT/WEBER, p. 52.

²¹¹ BSK VVG NEF, N 25 *ad* Art. 9 LCA, p. 182 ; ROELLI/KELLER, p. 177.

²¹² BSK VVG NEF, N 8 *ad* Art. 10 LCA, p. 186 ; FUHRER, *PVR*, p. 103 N 5.24.

²¹³ BRULHART, *Le dommage assurable*, p. 247.

²¹⁴ À ce sujet, *cf.* le chap. 4.

²¹⁵ WALTER, p. 57.

²¹⁶ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 289 N 535 ; KOENIG, p. 160 ; WALTER, p. 55.

²¹⁷ BSK VVG NEF, N 5 *ad* Art. 10 LCA, p. 186 ; ROELLI/KELLER, p. 181.

²¹⁸ BSK VVG NEF, N 4 *ad* Art. 10 LCA, p. 185 ; KOENIG, p. 160 ; ROELLI/KELLER, p. 181.

et le preneur étaient par conséquent incapables d'établir quand le sinistre aurait pu survenir²¹⁹. De même, personne n'était en mesure de déterminer si un incendie avait détruit un objet à l'étranger lors de la conclusion de l'accord, ce qui excluait des possibles spéculations sur le sort du bien assuré²²⁰.

Au-delà de l'existence d'une assurance-incendie ou transport, il est nécessaire que les parties contractantes aient effectivement conclu une garantie rétroactive. En ce sens, le début de la couverture d'assurance doit remonter à une période qui précède la date de la conclusion du contrat²²¹. De plus, une autre condition d'application de l'art. 10 al. 1 LCA est l'ignorance des parties quant à la disparition du risque ou à la survenance du sinistre²²². Par contre, si l'assureur et le preneur d'assurance savent que le risque s'est manifesté avant la conclusion, l'art. 9 LCA s'applique sans exceptions²²³. Le niveau de connaissance subjectif est déterminant ; il s'agit de protéger la bonne foi des parties²²⁴. En effet, dans la mesure où elles ignorent la réalité des faits, il n'y a plus aucun risque d'abus du mécanisme d'assurance²²⁵. L'art. 10 LCA crée alors une espèce de fiction, car il fait juste semblant qu'il y ait encore une menace pour l'assuré²²⁶.

Enfin, **les alinéas 2 et 3 de l'art. 10 LCA** représentent une mesure pour éviter les tromperies, puisqu'ils règlent le cas dans lequel seulement une des parties contractantes sait que le risque a disparu ou que le sinistre est survenu²²⁷. L'asymétrie d'information désavantage beaucoup la personne qui est de bonne foi et sa position peut aisément être exploitée²²⁸. Dans ce contexte, le contrat d'assurance reste valable, mais l'assureur ou le preneur qui était dans l'ignorance au moment de la conclusion n'est pas lié par l'engagement pris et il a en principe droit à des dommages-intérêts négatifs²²⁹. Ainsi, les alinéas 2 et 3 constituent des motifs de résolution du contrat avec effet rétroactif²³⁰.

3.4.2.2 L'assurance-chômage

L'art. 9 LCA réserve expressément les cas prévus à l'art. **100 al. 2 LCA**. Par conséquent, les contrats d'assurance qui respectent les conditions de cet article sont valables même si la couverture envisagée est rétroactive. L'art. 100 al. 2 LCA a été introduit par l'art. 115 de la LACI de 1982 et affirme que « *pour les preneurs d'assurance et les assurés qui, en vertu de*

²¹⁹ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance du 2 février 1904, FF 1904 I 267, p. 307 ; ROELLI/KELLER, p. 181 ; WALTER, p. 56.

²²⁰ Aujourd'hui, l'art. 10 LCA est anachronique, puisque les moyens techniques ont évolué au fil des années. Plusieurs avis de doctrine et certains projets de révision ont proposé des changements tantôt radicaux, tantôt interprétatifs, mais cet article n'a jamais été modifié dès son adoption en 1908 (BSK VVG NEF, N 3 *ad* Art. 10 LCA, p. 185).

²²¹ BSK VVG NEF, N 7 *ad* Art. 10 LCA, p. 186.

²²² Art. 10 al. 1 LCA *a contrario*. Au cas où le contrat d'assurance soit conclu par représentation, ce qui compte est seulement le niveau de connaissance du représentant (et non pas celui du représenté) (ROELLI/KELLER, p. 182 ; BSK VVG NEF, N 9 *ad* Art. 10 LCA, p. 187).

²²³ BSK VVG NEF, N 10 *ad* Art. 10 LCA, p. 187 ; ROELLI/KELLER, p. 182 ; VIRET, p. 83

²²⁴ BSK VVG NEF, N 2 *ad* Art. 10 LCA, p. 185 ; ROELLI/KELLER, p. 181 ; WALTER, p. 56.

²²⁵ BSK VVG NEF, N 2 *ad* Art. 10 LCA, p. 185.

²²⁶ Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur le projet d'une loi fédérale concernant le contrat d'assurance du 2 février 1904, FF 1904 I 267, p. 307 ; ROELLI/KELLER, p. 181 ; WALTER, p. 56.

²²⁷ FUHRER, *PVR*, p. 103 N 5.24 ; KOENIG, p. 160.

²²⁸ ROELLI/KELLER, pp. 183 et 184.

²²⁹ L'art. 109 al. 2 CO s'applique grâce au renvoi de l'art. 100 al. 1 LCA. BSK VVG NEF, N 11 et N 14 *ad* Art. 10 LCA, pp. 187 et 188 ; ROELLI/KELLER, p. 184.

²³⁰ BSK VVG NEF, N 11 et N 14 *ad* Art. 10 LCA, pp. 187 et 188 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, pp. 313 et 314 N 591 ; ROELLI/KELLER, p. 184 ; VIRET, p. 83.

l'art. 10 de la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage sont réputés chômeurs, les art. 71, al. 1 et 2, et 73, LAMal sont en outre applicables par analogie »²³¹.

Pour pouvoir admettre l'existence d'une assurance rétroactive efficace, il est tout d'abord nécessaire que le preneur soit un chômeur conformément à la LACI²³². À ce propos, l'art. **10 al. 1 LACI** considère être sans emploi « *celui qui n'est pas partie à un rapport de travail et qui cherche à exercer une activité à plein temps* »²³³.

Ensuite, le chômeur doit bénéficier d'un contrat d'assurance perte de gain en cas de maladie soumis à la LCA²³⁴. Cela arrive fréquemment en droit du travail, puisque le régime LCA n'est que peu encadré par des dispositions impératives et la marge de manœuvre des parties contractantes est plutôt large²³⁵. Les employeurs stipulent des contrats perte de gain maladie collectifs, afin d'augmenter la protection des employés incapables de travailler suite à des empêchements non fautifs. Il s'agit d'un régime conventionnel, complémentaire aux exigences minimales posées par l'art. 324a al. 1–3 CO²³⁶.

Enfin, une dernière précision s'impose: l'effet direct de la LAMal est limité au domaine des assurances sociales et l'art. 100 al. 2 LCA autorise son application uniquement par analogie²³⁷.

L'art. **71 al. 1 LAMal** représente une clause générale et concerne tout assuré qui « *sort de l'assurance collective parce qu'il cesse d'appartenir au cercle des assurés défini par le contrat ou parce que le contrat est résilié, il a le droit de passer dans l'assurance individuelle de l'assureur. Si, dans l'assurance individuelle, l'assuré ne s'assure pas pour des prestations plus élevées, de nouvelles réserves ne peuvent être instituées ; l'âge d'entrée déterminant dans le contrat collectif est maintenu* ».

En d'autres termes, la loi confère au travailleur qui quitte l'assurance collective de l'employeur suite au chômage la faculté d'exiger le passage dans une assurance privée individuelle, sans que l'assureur ne puisse changer unilatéralement les conditions d'indemnisation²³⁸. L'introduction dans le contrat de nouvelles réserves, ainsi que de clauses excluant la prise en charge des conséquences dommageables d'événements passés est interdite²³⁹. Si, par hypothèse, le travailleur était déjà malade lors du début du chômage, le droit au libre passage est maintenu. L'assurance individuelle couvrirait donc un sinistre qui est survenu en réalité avant sa conclusion, ce qui constitue une garantie rétroactive autorisée par la loi²⁴⁰.

Pour sa part, l'art. **73 al. 2 LAMal** règle les cas où les chômeurs sont atteints d'une incapacité de travail²⁴¹. Des problèmes surgissent notamment si l'employeur et l'assureur décident de différer le début de la couverture collective dans le temps²⁴². En principe, c'est toujours

²³¹ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 290 N 535 ; MAURER, p. 153.

²³² BSK VVG NEF, N 3 ad Art. 100 al. 2 LCA, p. 1150 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 290 N 535.

²³³ Nous nous référons ici au chômage complet. En pratique, la compagnie d'assurance a souvent des difficultés à déterminer si l'intéressé est un chômeur ou pas. Il est ainsi toujours raisonnable d'attirer l'attention de celui-ci sur les droits que l'art. 100 al. 2 LCA lui confère (KVG/UVG KIESER N 12 ad Art. 71, p. 193).

²³⁴ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 291 N 535 ; KVG/UVG KIESER N 11 ad Art. 71, p. 192 ; WYLER/HEINZER, p. 259.

²³⁵ HÄBERLI/HUSMANN, p. 2 N 6.

²³⁶ WYLER/HEINZER, p. 238.

²³⁷ MAURER, p. 153.

²³⁸ AYER/DESPLAND, p. 176 ; MAURER, p. 154 ; WYLER/HEINZER, p. 259.

²³⁹ BSK VVG NEF, N 7 ad Art. 100 al. 2 LCA, pp. 1151 et 1152 ; AYER/DESPLAND, p. 176 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 290 N 535.

²⁴⁰ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 291 N 535 ; MAURER, p. 154 ; *contra* BSK VVG NEF, N 12 ad Art. 9 LCA, p. 177.

²⁴¹ Cf. aussi l'art. 73 al. 1 LAMal *ab initio*.

²⁴² BSK VVG NEF, N 9 ad Art. 100 al. 2 LCA, p. 1152.

l'employeur qui doit payer le salaire à l'employé tombé malade au cours de la période de latence du contrat. L'assureur n'est pas tenu à intervenir, mais il est possible que le travailleur soit licencié, alors que le contrat d'assurance n'a pas encore commencé à déployer ses effets. Une fois que le rapport de travail est terminé, le chômeur n'a plus aucun débiteur formellement astreint à lui verser une rémunération²⁴³. Dans ce contexte, l'art. 28 al. 1 LACI confère le droit à une pleine indemnité journalière « *jusqu'au 30^e jour suivant le début de l'incapacité totale ou partielle de travail* » aux personnes assurées qui ne sont passagèrement pas aptes à travailler (p. ex. en raison d'une maladie).

En vertu de l'art. 73 al. 2 LAMal, les chômeurs assurés peuvent alors prétendre, après-coup et « *moyennant une adaptation équitable des primes, la transformation de leur ancienne assurance en une assurance dont les prestations sont versées dès le 31^e jour, sous garantie du montant des anciennes indemnités journalières et sans prendre en considération l'état de santé au moment de la transformation* ». Pour citer MAURER, si le contrat d'assurance collectif admettait une couverture à partir du 90^e jour dès la survenance de la maladie, le chômeur malade pourrait exiger une indemnité déjà à partir du 31^e jour, indépendamment du moment exact de la survenance du sinistre²⁴⁴. Le but de l'art. 73 al. 2 LAMal est donc celui d'assurer une garantie complète des prestations de l'assurance perte de gain en cas de maladie et d'éviter les lacunes de couverture²⁴⁵.

Grâce à l'art. 100 al. 2 LCA, les compagnies d'assurance privées doivent tolérer d'une façon analogue cette conversion même dans les contrats conclus conformément à la LCA. Ainsi, les conséquences dommageables d'une maladie ayant frappé l'assuré avant la requête d'avancement doivent être prises en charge, ce qui est constitutif d'une exception à l'art. 9 LCA²⁴⁶.

3.5 Les problèmes pratiques du régime actuel

Jusqu'à présent, nous avons examiné les conditions d'application de l'art. 9 LCA, ainsi que la nullité qui frappe les assurances rétroactives. Cela nous a permis de mettre en évidence quelques difficultés liées à cette interdiction pure et dure (p. ex. s'agissant des clauses « *claims-made* »), mais les résultats les plus choquants se sont produits dans le domaine des assurances de personne²⁴⁷.

Lors de l'introduction à ce travail, nous avons déjà pu relever que le régime actuel est à certains égards contraire aux besoins pratiques des assureurs et des assurés. En effet, une mise en œuvre rigide de l'art. 9 LCA entraîne souvent des conséquences sévères²⁴⁸. Nous analyserons donc les difficultés que la jurisprudence a abordées au cours des années, en opérant une distinction entre plusieurs types d'assurance.

Ainsi, nous nous intéresserons tout d'abord à l'assurance maladie complémentaire et aux conséquences de la rechute d'une maladie préexistante (3.5.1). Ensuite, nous passerons en revue la notion de sinistre dans le cadre de l'assurance perte de gain en cas de maladie et les complications qui surgissent lors d'un transfert d'assurance (3.5.2). Nous étudierons enfin les difficultés en matière de prévoyance professionnelle (3.5.3).

²⁴³ BSK VVG NEF, N 10 ad Art. 9 LCA, p. 176.

²⁴⁴ MAURER, p. 154.

²⁴⁵ BSK VVG NEF, N 10 ad Art. 9 LCA, p. 176 ; FUHRER, *PVR*, pp. 102 et 103 N 5.23 ; MAURER, p. 154.

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ BRULHART, *Des conflits d'intérêts*, p. 89.

²⁴⁸ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 291 N 536.

3.5.1 Les difficultés en matière d'assurance maladie complémentaire

3.5.1.1 L'ATF 127 III 21, la maladie et ses rechutes

L'état de fait à la base de cet arrêt est le suivant: Madame E.M., souffrait de maladies des os et des articulations. En 1990, E.M. est en traitement auprès d'un docteur pour une arthrose et, par la suite, elle décide de stipuler un contrat d'assurance, afin de pouvoir bénéficier de soins particuliers plus étendus. En 1997, la femme signe une proposition d'assurance en vue d'être admise à X assurance. À ce moment-là, E.M. mentionne expressément son arthrose, mais elle déclare aussi qu'elle n'est plus malade, le traitement médical suivi s'étant terminé avec succès. L'assureur ordonne alors un examen, qui est effectué par un médecin toujours en 1997. Le contrat d'assurance maladie complémentaire entre E.M. et X assurance déploie ses effets dès le début de janvier 1998, sans qu'aucune réserve n'ait été introduite²⁴⁹.

En mars, la femme se plaint encore à propos de douleurs aux articulations. Le médecin diagnostique une polyarthrite chronique et, ensuite, E.M. demande à X assurance la prise en charge d'une thérapie balnéaire. L'assureur refuse l'exécution de ses prestations et il invoque notamment l'art. 9 LCA. Les juges fédéraux donnent raison à X assurance.

Dans l'assurance maladie complémentaire, le risque assuré correspond à l'éventualité qu'un jour l'assuré puisse tomber malade²⁵⁰. Selon le Tribunal fédéral, si une maladie « *s'est déjà déclarée lors de la conclusion du contrat, il est exclu d'en assurer les conséquences, vu l'art. 9 LCA, sans égard au fait qu'elle dure encore* »²⁵¹. En d'autres termes, la cause médicale (et non pas l'apparition des premiers symptômes) est déterminante pour la définition de la notion de maladie au sens juridique du terme, ainsi que pour juger de l'applicabilité de l'art. 9 LCA²⁵². Les juges fédéraux ont considéré que cette conception est en harmonie avec la réglementation de la LAMal et avec l'opinion du Tribunal fédéral des assurances²⁵³. En effet, ce dernier avait énoncé par exemple que, s'agissant du SIDA, l'infection par le virus HIV représente déjà une maladie d'un point de vue légal, indépendamment du moment de la survenance de ses symptômes²⁵⁴.

L'arthrose de E.M. s'était présentée *in casu* bien avant la conclusion du contrat d'assurance et cette maladie avait été la cause des problèmes de santé survenus après²⁵⁵. Le Tribunal fédéral a donc affirmé que la convention stipulée entre la femme et X assurance était absolument nulle en vertu de l'art. 9 LCA²⁵⁶. Il s'ensuit que « *l'apparition renouvelée de symptômes d'une maladie existante qui présente le risque de rechutes ne doit pas être qualifiée juridiquement de maladie nouvelle, respectivement d'événement partiel, mais comme la continuation d'une maladie déjà contractée et partant comme un cas d'application d'un sinistre qui est déjà survenu au sens de l'art. 9 LCA* »²⁵⁷. Par conséquent, si des rechutes semblent être l'évolution normale d'une maladie, celle-ci n'est plus assurable dès que le diagnostic a été posé. Peu importe que la pathologie soit ou non visible lors de la conclusion du contrat d'assurance maladie complémentaire²⁵⁸ et, puisque l'art. 9 LCA est une disposition absolument impérative,

²⁴⁹ BRULHART, *L'assurance collective*, p. 106 ; VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 73.

²⁵⁰ ATF 127 III 21, consid. 2b/bb à p. 25.

²⁵¹ JdT 2001 I 568, p. 570.

²⁵² ATF 127 III 21, consid. 2b/aa à p. 23.

²⁵³ ATF 127 III 21, consid. 2b/bb à p. 25.

²⁵⁴ ATF 124 V 118, consid. 6b à p. 125 ; ATF 116 V 239, consid. 3c/aa à p. 243.

²⁵⁵ VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 73.

²⁵⁶ ATF 127 III 21, consid. 2b/bb à p. 25.

²⁵⁷ JdT 2001 I 568, p. 571.

²⁵⁸ ATF 127 III 21, consid. 2b/bb à p. 25 ; ATF 136 III 334, consid. 3 à p. 340 ; CORBOZ, SJ 2011 II 247, p. 264 ; HÄBERLI/HUSMANN, p. 43 N 150 ; VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 74.

peu importe aussi que l'accord stipulé entre les parties puisse être interprété de bonne foi comme étant une dérogation à l'interdiction d'effectuer les prestations²⁵⁹.

3.5.1.2 Les critiques et les successives relativisations

L'ATF 127 III 21 a été fortement **critiqué** par une bonne partie de la doctrine²⁶⁰ et la discussion a même franchi le seuil du Parlement, lorsqu'en 2003, l'ancienne conseillère aux États Simonetta Sommaruga a proposé d'abroger l'art. 9 LCA²⁶¹. En s'appuyant précisément sur l'arrêt en question, elle a formulé un exemple très parlant: un homme a une malformation cardiaque, dont il n'est pas au courant. Il décide de stipuler une assurance en cas de décès, il paie des primes pendant des années et il pense avoir offert un avenir meilleur à sa famille. Par la suite, il est victime d'un infarctus, mais l'assureur refuse la prise en charge du sinistre en raison de l'état de santé initial du preneur²⁶². En effet, selon la jurisprudence chaque contrat d'assurance est nul dès qu'il couvre une pathologie qui s'est déjà déclarée avant sa conclusion et, dans le cas contraire, il est de toute façon impossible pour un assuré malade de changer d'assurance à l'avenir²⁶³. Un nombre important d'individus n'est ainsi pas en mesure de conclure des garanties d'assurance, puisque l'éventualité qu'une maladie préexistante ait des rechutes représente désormais un risque non assurable²⁶⁴. Pour citer WALTER, la pratique du Tribunal fédéral concrétise l'expression « *semel aeger semper aeger* »²⁶⁵.

Par ailleurs, la définition de maladie proposée par l'ATF 127 III 21 conduit à des résultats qui ne sont pas vraiment transposables dans la vie des affaires²⁶⁶. Grâce aux développements de la recherche scientifique (p. ex. les analyses génétiques), nous pouvons aujourd'hui relier de plus en plus une maladie à sa cause²⁶⁷. Or, d'après les juges fédéraux, une pathologie se manifeste aussitôt que sa source primaire a été individuée, indépendamment du fait que son évolution puisse être encore totalement aléatoire. D'un point de vue juridique, cela signifie que plusieurs maladies ne peuvent pas être assurées en vertu de l'art. 9 LCA et que les fondements de solidarité de l'activité d'assurance dans ce cas disparaîtraient²⁶⁸.

Un autre point choquant de cet arrêt est l'admission de la nullité du contrat d'assurance même quand l'assuré a rempli son obligation légale de déclarer²⁶⁹. L'assureur qui connaît l'état de santé du preneur a la faculté de décider unilatéralement du sort de l'accord, puisqu'il peut se prévaloir de l'art. 9 LCA tout au long de la relation contractuelle. Le preneur est ainsi très désavantagé et l'insécurité juridique qui se crée est énorme²⁷⁰.

²⁵⁹ SCHAER, *MVR-CaseBook*, p. 43.

²⁶⁰ Cf. p. ex. HAUSHEER/JAUN, pp. 63ss ; HONSELL, pp. 667ss ; SCHAER, *Das alte Leiden und die leidige Rückwärtsversicherung*, pp. 295ss ; SCHUHMACHER, p. 165.

²⁶¹ BO/CE 2003, p. 1238 ; VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 74. La proposition a été faite dans le cadre des délibérations sur la révision partielle de la LCA de 2006, mais elle a ensuite été rejetée par le Conseil national (FUHRER, HAVE 2012, p. 195 n.b.p. 19).

²⁶² *Ibid.* et, dans le même sens, HONSELL, p. 668.

²⁶³ HAUSHEER/JAUN, p. 65.

²⁶⁴ FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 79 ; WALTER, p. 62.

²⁶⁵ « Une fois malade, toujours malade ». *Ibid.*

²⁶⁶ HÄBERLI/HUSMANN, p. 44 N 156.

²⁶⁷ HÄBERLI/HUSMANN, p. 44 N 156 ; HAUSHEER/JAUN, p. 65 ; FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, pp. 75 et 76 ; SCHAER, *Das alte Leiden und die leidige Rückwärtsversicherung*, p. 297.

²⁶⁸ *Ibid.*

²⁶⁹ Cf., dans le même sens, BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 291 N 536 ; HONSELL, p. 669 ; cf., plus nuancé, WERRO/PERRITAZ, pp. 57 et 58.

²⁷⁰ HONSELL, p. 669 ; VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 74.

Pour corriger la situation, certains auteurs suggèrent qu'il faudrait adopter la même solution que celle utilisée dans la pratique allemande: toutes les maladies inconnues au preneur sont assurables, tandis que toutes celles qui lui sont connues sont soumises à l'obligation de déclarer²⁷¹. Par conséquent, si l'assureur conclut sans faire de réserves, l'assuré bénéficierait d'une protection contre les rechutes de chaque maladie qu'il avait opportunément annoncée²⁷². Cette solution nous semble être cohérente, car elle augmente la sécurité juridique et délimite d'une façon très claire les états de fait que le preneur doit communiquer à l'assureur²⁷³. D'après SCHAEER, il faudrait tout au moins adopter un système de réserves similaire à celui qui s'applique dans le cadre de la LAMal. En d'autres termes, il serait opportun d'introduire des réserves légales d'une durée limitée pour les pathologies qui se sont vérifiées avant la conclusion du contrat d'assurance. Cela permettrait de stipuler de nouveaux accords et d'admettre la nullité partielle plus aisément²⁷⁴.

Pour SCHUHMACHER ensuite, l'art. 9 LCA ne devrait pas s'appliquer à l'assurance de personnes et il devrait au contraire se limiter à l'assurance de choses²⁷⁵. Cette opinion est partagée par HAUSHEER et JAUN, lesquels soutiennent qu'un cas tel que celui de l'ATF 127 III 21 n'est pas envisagé par la *ratio legis* de l'art. 9 LCA. Ils font appel à la liberté contractuelle, en considérant qu'il faut conclure que le risque de rechute a été pris en compte par les parties si le preneur a déclaré une maladie antérieure au contrat et si l'assureur a ensuite octroyé une couverture sans réserve²⁷⁶.

Les critiques ne sont pas restées lettre morte et, en 2004, les juges fédéraux ont **relativisé** l'ATF 127 III 21 pour la première fois. À cette occasion, le Tribunal fédéral a confirmé la nullité du contrat, mais il a admis aussi une responsabilité pour *culpa in contrahendo* à la charge de l'assureur²⁷⁷. L'assureur doit désormais informer le preneur sur les conséquences qu'une assurance rétroactive entraîne avec soi et sur la possibilité de l'application de l'art. 9 LCA. Par contre, s'il ne le fait pas, il doit en principe payer à l'assuré des dommages-intérêts négatifs²⁷⁸. Entre les parties contractantes se noue une relation contractuelle particulière et l'assureur suscite la confiance du preneur, puisqu'il lui laisse croire qu'il bénéficie d'une certaine protection. Cette confiance naît dans le cadre des négociations précontractuelles, mais elle est trahie dès que l'accord est déclaré nul²⁷⁹.

²⁷¹ BGH IV ZR 208/74 du 4.3.1976 ; HONSELL, pp. 670 et 671 ; SCHAEER, *MVR*, p. 336 N 73 ; SCHAEER, *Das alte Leiden und die leidige Rückwärtsversicherung*, p. 301.

²⁷² HÄBERLI/HUSMANN, p. 45 N 157 ; VVG-*Nachführungsband* NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 74.

²⁷³ Cf., dans le même sens, SCHAEER, *MVR*, p. 337 N 73.

²⁷⁴ BRULHART, *L'assurance collective*, p. 106 ; SCHAEER, *MVR*, p. 335 N 72a ; SCHAEER, *Das alte Leiden und die leidige Rückwärtsversicherung*, p. 298.

²⁷⁵ SCHUHMACHER, p. 165.

²⁷⁶ HAUSHEER/JAUN, pp. 65 et 66.

²⁷⁷ TF 5C.45/2004 du 9.6.2004, consid. 2.2.1 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 291 N 537 ; FUHRER, HAVE 2005, p. 236.

²⁷⁸ FUHRER, *PVR*, p. 103 N 5.26 ; HONSELL, p. 669 ; VVG-*Nachführungsband* NEF/ZEDWITZ, N 16 ad Art. 9, p. 76.

L'intérêt négatif d'une partie correspond à « tous ses frais engagés en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat dont elle n'obtient pas le bénéfice parce que le contrat est privé d'effets » (CR CO I THEVENOZ, N 35 ad Art. 97, p. 746). Par conséquent, le preneur d'assurance qui renonce à la conclusion d'un autre contrat, en raison de celui qu'il a déjà stipulé auparavant, a droit à des dommages-intérêts. L'art. 9 LCA est problématique à cet égard: étant donné toute assurance rétroactive est interdite, l'assuré n'aurait de toute façon pas pu conclure un contrat équivalent à celui qui s'est révélé être nul, même s'il avait été correctement informé par l'assureur (FUHRER, *PVR*, p. 103 N 5.26 ; HONSELL, pp. 669 et 670).

²⁷⁹ TF 5C.45/2004 du 9.6.2004, consid. 2.2.1.

Par ailleurs, l'assureur est un professionnel qui connaît le droit des assurances privées. Il dispose ainsi d'un grand avantage, tandis que le preneur se trouve dans un état de disparition d'information²⁸⁰. L'obligation que le Tribunal fédéral impose à l'assureur est donc justifiée et elle permet aussi d'éviter une nullité « *surprise* ». En effet, le régime actuel prévoit qu'une couverture d'assurance rétroactive est toujours nulle, indépendamment du niveau de connaissance des parties contractantes²⁸¹. Il s'agit d'éliminer les situations dans lesquelles le preneur, conscient du fait que le sinistre est déjà survenu, se hâte de conclure un contrat en abusant du mécanisme d'assurance. Cette idée est aisément compréhensible, mais il n'est pas non plus correct que le preneur qui, en revanche, est ignorant soit tout à coup confronté à une nullité en vertu de l'art. 9 LCA²⁸².

L'engagement de la responsabilité privée suppose la présence d'un lien de causalité entre l'action ou l'omission d'un sujet et le préjudice qui s'est vérifié²⁸³. En l'espèce, nous sommes confrontés à une omission, étant donné que l'assureur n'a pas informé le preneur. Il faut ainsi démontrer que l'assuré n'aurait pas stipulé le contrat d'assurance si, lors de la conclusion, il avait su que l'accord aurait pu être nul conformément à l'art. 9 LCA²⁸⁴. *In casu*, les juges fédéraux ont nié l'existence d'un lien potentiel de causalité hypothétique, mais ils ont quand même admis une responsabilité à la charge de l'assureur pour la violation de son obligation de renseignement et de conseil. Ce dernier a en effet fourni à plusieurs reprises des informations qui se sont révélées inexactes par la suite²⁸⁵.

En 2006 enfin, le Tribunal fédéral décide de limiter l'obligation de déclarer du preneur aux événements qui se sont produits au cours des 10 années qui précèdent la conclusion du contrat²⁸⁶. Ainsi, la garantie d'assurance doit couvrir des faits qui se sont vérifiés, mais qu'il ne faut désormais plus annoncer. Avec BRULHART et SCHAER, nous estimons que cela légitimerait partiellement l'assurance rétroactive²⁸⁷.

3.5.2 Les difficultés en matière d'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie

3.5.2.1 La maladie suivie d'une incapacité de travail

Nous avons déjà eu l'occasion de remarquer que le régime de l'assurance perte de gain en cas de maladie déroge à celui du code des obligations, puisqu'il « *permet de substituer une couverture d'assurance à l'obligation légale [de l'employeur] de payer le salaire* » en présence

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ ATF 127 III 21 consid. 2b/aa à p. 23 ; TF 5C.45/2004 du 9.6.2004, consid. 2.1.2 ; ATF 136 III 334 consid. 3 à p. 340 ; CORBOZ, p. 264 ; LANDOLT/WEBER, p. 51.

²⁸² FUHRER, HAVE 2013, pp. 66 et 67.

²⁸³ TF 5C.45/2004 du 9.6.2004, consid. 2.2.2 ; SCHAER, *MVR-CaseBook*, p. 201.

²⁸⁴ TF 5C.45/2004 du 9.6.2004, consid. 2.2.2 ; FUHRER, HAVE 2005, p. 236 ; HÄBERLI/HUSMANN, p. 47 N 162.

²⁸⁵ TF 5C.45/2004 du 9.6.2004, consid. 2.3.4 ; HÄBERLI/HUSMANN, p. 47 N 162 ; VVG-*Nachführungsband* NEF/ZEDWITZ, N 16 *ad* Art. 9, p. 76.

²⁸⁶ TF 5C.168/2005 du 23.1.2006, consid. 2.3 ; BRULHART, *Des conflits d'intérêts*, p. 90 ; SCHAER, *MVR*, p. 335 N 72 ; WERRO/PERRITAZ, p. 58.

²⁸⁷ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 292 N 537 ; SCHAER, *MVR*, p. 335 N 72.

Les juges ne mentionnent pas expressément l'art. 9 LCA mais, avec cet arrêt, le débat a été déplacé vers l'obligation de déclarer du preneur. Le Tribunal fédéral a par la suite rendu plusieurs décisions en matière de réticence et, selon certains auteurs, il faudrait relativiser l'art. 9 LCA même en raison de ces changements (BRULHART, *Le dommage assurable*, p. 260 ; SCHAER, *MVR*, p. 335 N 72 ; WERRO/PERRITAZ, p. 58). À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a affirmé que si l'assureur a la possibilité de connaître, grâce à un contrat précédent, un fait non déclaré par le preneur et que s'il invoque trop tard la réticence, il doit fournir sa prestation sans pouvoir se prévaloir de la nullité de la convention (TF 5C.270/2005 du 20.2.2006, consid. 3.2).

d'un empêchement de travailler non fautif, par exemple suite à une maladie²⁸⁸. L'art. 9 LCA crée plusieurs problèmes dans ce domaine et la fixation du sinistre à un certain moment plutôt qu'à un autre est lourde de conséquences. Ainsi, la question débattue en doctrine est celle de savoir quand l'événement redouté survient²⁸⁹. Il s'agit, en d'autres termes, de déterminer si la réalisation du risque coïncide avec la manifestation de la maladie ou avec l'incapacité de travail de l'employé.

Avant tout, il faut rappeler que le recours à la notion théorique de sinistre se justifie uniquement lorsqu'une volonté commune des parties contractantes fait défaut. La réglementation des conditions à la survenance du sinistre est libre, le législateur n'ayant pas prévu des dispositions impératives spécifiques²⁹⁰.

L'ATF 127 III 21 semblerait avoir tranché la problématique, alors qu'en réalité il a éclairé des difficultés qui sont propres à l'assurance perte de gain en cas de maladie. En effet, cet arrêt est pertinent, car les prestations en jeu ici sont les mêmes que celles de l'assurance maladie complémentaire²⁹¹. Selon les juges fédéraux, le contrat est nul en vertu de l'art. 9 LCA dans l'hypothèse d'une maladie détectée avant la conclusion du contrat²⁹². En présence d'une assurance perte de gain en cas de maladie, la solution ne devrait pas changer, peu importe qu'une incapacité de travail n'intervienne que par la suite. Toutefois, c'est précisément à ce stade que le besoin d'une prise en charge est plus fort que jamais.

En outre, l'art. 9 LCA a des conséquences néfastes lorsque l'entrée d'un preneur dans le cercle des assurés a lieu sans un examen préalable de son état de santé²⁹³. S'agissant des assurances collectives, cela est la règle dès que l'entreprise atteint une certaine taille²⁹⁴. L'assureur ne reçoit aucune information et la responsabilité pour *culpa in contrahendo* ne lui est pas opposable²⁹⁵. Si l'assuré n'est pas non plus conscient de sa maladie, il sera forcément confronté à une nullité « *surprise* »²⁹⁶.

Un dernier problème est lié au fait que l'assureur pourrait subordonner la couverture d'un sinistre à la survenance de l'incapacité de travail, cela évidemment au cours de la période de prise en charge. Si cette dernière ne se réalise pas, l'assuré a de toute façon le droit de changer son assureur. Dans l'éventualité où le deuxième contrat ne poserait pas la même exigence que le premier, nous serons en présence d'une assurance rétroactive. L'incapacité de travail ne pourrait alors pas être indemnisée. Il s'agit là d'une lacune de couverture, qui intervient indépendamment du fait que la prime d'assurance a été versée sans interruptions²⁹⁷.

Les **avis doctrinaux** à ce sujet se divisent essentiellement en deux catégories. FUHRER considère par exemple que le risque assuré par les contrats d'assurance perte de gain en cas de maladie est un risque en deux phases (*Stufengefahr*): l'événement primaire est la maladie et l'événement secondaire est l'incapacité de travail²⁹⁸. L'applicabilité de l'art. 9 LCA se détermine en fonction de l'événement primaire, mais le sinistre à proprement parler ne s'achève qu'au moment où l'incapacité de travail se manifeste aussi²⁹⁹.

²⁸⁸ Art. 324a CO ; BRULHART, *L'assurance collective*, pp. 99 et 100. Au surplus, cf. p. 23.

²⁸⁹ HÄBERLI/HUSMANN, pp. 42 N 148 et 44 N 153.

²⁹⁰ Cf. pp. 16 et 17.

²⁹¹ BRULHART, *L'assurance collective*, p. 105.

²⁹² ATF 127 III 21, consid. 2b/aa à p. 24.

²⁹³ BRULHART, *L'assurance collective*, p. 107 ; FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 80.

²⁹⁴ FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 80.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ HÄBERLI/HUSMANN, p. 46 N 161.

²⁹⁷ ATF 142 III 671, consid. 3.7.1 à p. 679.

²⁹⁸ ATF 142 III 671, consid. 3.7.1 à p. 679 ; FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 70.

²⁹⁹ ATF 142 III 671, consid. 3.7.1 à p. 679 ; FUHRER, *PVR*, p. 20 N 2.8.

Aujourd'hui il est absolument nécessaire de prendre en charge les différentes incapacités de travail imputables à des maladies antérieures à la conclusion d'un contrat d'assurance. Cependant, selon la conception de FUHRER, cela s'oppose à l'art. 9 LCA. Afin de résoudre le problème, il suggère d'élargir le champ d'application de l'art. 10 LCA et d'insérer l'assurance perte de gain en cas de maladie parmi les exceptions au principe de la nullité absolue³⁰⁰.

La seule pratique interdite serait alors l'exploitation d'un niveau de connaissance différent par l'une des parties contractantes. Ainsi, le preneur déjà malade et incapable de travailler lors de la conclusion du contrat doit informer la compagnie d'assurance sur son état de santé, pour autant que celle-ci procède à l'examen individuel du risque. Si l'assuré conscient de sa pathologie se tait, il faut se référer à l'art. 10 al. 3 LCA³⁰¹. En revanche, dans le cas inverse, l'assureur est en mesure de se déterminer. S'il accepte de stipuler l'accord, une assurance rétroactive sera valablement conclue³⁰². Par ailleurs, la situation change encore une fois dans l'hypothèse où l'assureur déciderait de ne pas procéder à l'examen détaillé de l'état de santé du preneur. L'art. 10 al. 3 LCA ne s'applique plus, étant donné que l'assuré n'a pas volontairement exploité son niveau de connaissance. En effet, c'est plutôt l'assureur qui a renoncé à obtenir les renseignements lui permettant de compenser son ignorance³⁰³.

Une grande partie de la doctrine soutient au contraire que nous sommes confrontés ici à un risque simple (*einfache Gefahr*)³⁰⁴. HÄBERLI et HUSMANN considèrent notamment que le risque assuré par les contrats d'assurance perte de gain en cas de maladie n'est pas une pathologie, mais l'éventualité d'être un jour incapable de travailler³⁰⁵. Par conséquent, le sinistre n'est pas survenu si une maladie qui n'a pas encore provoqué une incapacité de travail est diagnostiquée avant la conclusion du contrat³⁰⁶. De même, l'événement redouté n'est pas encore intervenu si l'expérience médicale montre que la maladie pourrait entraîner une incapacité de travail ; sa survenance à l'avenir demeure alors incertaine³⁰⁷.

Le **Tribunal fédéral** a gardé une approche nuancée jusqu'en 2016, lorsqu'il s'est finalement prononcé d'une façon très claire en faveur de la doctrine majoritaire. En d'autres termes, il a refusé de reconnaître la figure du risque en deux phases, du moins en matière d'assurance perte de gain en cas de maladie³⁰⁸. Les juges fédéraux ont passé en revue plusieurs exemples jurisprudentiels, y compris l'ATF 127 III 21. Ils ont remarqué l'existence d'une contradiction, mais ils ont aussi affirmé qu'ils s'étaient déjà éloignés de cet arrêt à plusieurs reprises³⁰⁹. En somme, la survenance du sinistre coïncide désormais avec l'incapacité de travail, sans égard à une possible maladie du preneur. La conception du Tribunal fédéral concorde avec celle

³⁰⁰ FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, pp. 82 et 84.

³⁰¹ Et non pas aux dispositions sur la réticence. FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 85.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ ATF 142 III 671, consid. 3.7.3 à p. 681. Cf. p. ex. HÄBERLI/HUSMANN, p. 51 N 169 ; VVG-*Nachführungsband* NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 75.

³⁰⁵ HÄBERLI/HUSMANN, p. 43 N 151.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ HÄBERLI/HUSMANN, p. 43 N 152.

³⁰⁸ ATF 142 III 671, consid. 3.9 à p. 682 ; HEISS, p. 124 ; BIAGGI/CHEVALIER/MURI/SCHAFFHAUSER, p. 47.

³⁰⁹ ATF 142 III 671, consid. 3.6 à p. 678 ; HEISS, p. 124.

En règle générale, le Tribunal fédéral analyse l'applicabilité de l'art. 9 LCA au cas par cas. À ce propos, il a notamment énoncé qu'un contrat d'assurance n'est pas nul si, au moment de sa conclusion, le preneur d'assurance ignore la maladie, si aucun diagnostic médical n'est pas disponible et s'il n'y a rien qui laisse supposer la survenance de l'événement assuré (ATF 136 III 334, consid. 3 à p. 340 ; TF 4A_491/2014 du 30.3.2015, consid. 2 ; HÄBERLI/HUSMANN, p. 44 N 154 ; VVG-*Nachführungsband* NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 74).

des assurances sociales³¹⁰ et le risque d'abus est très réduit³¹¹. Il est par ailleurs invraisemblable qu'un assuré accepte un nouvel emploi dans le seul but de pouvoir bénéficier des prestations d'assurance³¹². Le Tribunal fédéral a ensuite reconfirmé sa position: dans un arrêt de 2017, il a énoncé que le cas d'assurance se manifestait à l'occasion du premier jour d'hospitalisation, alors que la date de l'apparition de la maladie n'était pas décisive³¹³.

3.5.2.2 Le transfert d'assurance et les conventions de libre passage

La fixation du sinistre au moment de la survenance de l'incapacité de travail n'efface pas toutes les difficultés liées à l'interdiction des assurances rétroactives en matière d'assurance perte de gain en cas de maladie. L'incapacité de travail est susceptible de disparaître et puis de réapparaître, puisqu'il s'agit d'un phénomène qui peut se prolonger dans le temps. Ainsi, un problème peut surgir quand une personne assurée, inapte à exécuter des tâches dans le passé, devient capable de travailler au moment de la conclusion du contrat. Si elle est victime d'une rechute par la suite, l'assureur serait en mesure de refuser l'exécution des prestations d'assurance sur la base de l'art. 9 LCA³¹⁴.

Ces désagréments se présentent aussi lorsqu'un nouveau contrat est stipulé ou s'il y a lieu de passer d'un type d'assurance à un autre³¹⁵. Nous pouvons imaginer par exemple le passage d'une assurance collective à une assurance individuelle, d'une assurance collective à une autre assurance collective d'une compagnie différente ou encore d'une assurance LAMal à une assurance qui suit le système de la LCA. À ce propos, il faut souligner que le régime de la LAMal subordonne l'indemnisation d'un sinistre à l'affiliation³¹⁶: dès que le preneur d'assurance quitte le cercle des assurés selon la LAMal pour rejoindre celui de l'assureur LCA, ce dernier pourrait se prévaloir de l'art. 9 LCA en cas de rechute, tandis que l'assureur LAMal n'aurait plus aucune obligation de prise en charge³¹⁷.

L'art. 9 LCA pose également des problèmes aux employeurs, étant donné que certaines CCT requièrent la conclusion de contrats d'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, sans la possibilité de refuser les bénéficiaires pour des raisons de santé³¹⁸. En ce sens, les CCT forcent la stipulation de couvertures rétroactives et l'employeur est, par conséquent, souvent confronté à l'obstacle de l'art. 9 LCA³¹⁹. Toutefois, le besoin pratique de ce genre de garanties est tellement grand, que plusieurs assureurs renoncent expressément à invoquer l'art. 9 LCA³²⁰. Des CCT énoncent d'ailleurs qu'en cas de récurrence, le nouvel assureur doit verser seulement des prestations réduites³²¹.

³¹⁰ ATF 142 III 671, consid. 3.8 à p. 682 ; HEISS, p. 124.

³¹¹ ATF 142 III 671, consid. 3.7.1 à p. 680.

³¹² *Ibid.*

³¹³ TF 4A_626/2016 du 22.3.2017, consid. 6 ; FUHRER, HAVE 2017, p. 297 ; HEISS, p. 124 ; cf. aussi le TF 4A_631/2016 du 21.4.2017, consid. 2.1 et 2.3.1.

³¹⁴ HÄBERLI/HUSMANN, pp. 46 et 47 N 161.

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ ATF 127 III 106, consid. 3 à p. 109 ; WYLER/HEINZER, pp. 257 et 259.

³¹⁷ VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 75.

³¹⁸ FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 80 ; HÄBERLI/HUSMANN, p. 49 N 167.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 81 ; HÄBERLI/HUSMANN, pp. 47 N 164 et 49 N 167 ; VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 14/15 ad Art. 9, p. 74. Pour la liste des assureurs concernés, cf. MÄTTIG, *Tagesanzeiger* du 18.10.2010 (<https://www.tagesanzeiger.ch/leben/rat-und-tipps/Was-kranken-Versicherten-blhen-kann-/story/12183737?track>, consulté le 10.4.2019).

³²¹ HÄBERLI/HUSMANN, p. 49 N 168. L'obligation de verser est habituellement échelonnée en fonction de la durée de l'emploi (et de l'assurance) antécédente.

Dans ce contexte, la seule disposition pertinente est l'art. 71 al. 1 LAMal, s'appliquant au droit des assurances privées grâce au renvoi de l'art. 100 al. 2 LCA³²². Cet article institue un droit au transfert dans l'assurance individuelle, mais il suppose que l'assureur est un chômeur, alors qu'ici la question est indépendante de telle qualification³²³. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur la problématique et il a essayé de la résoudre. En 2009, il a généralisé le droit à un libre passage d'une assurance collective à une assurance individuelle pour chaque preneur, peu importe qu'il soit ou non au chômage³²⁴. Il a affirmé que les rechutes qui se manifestent pendant la durée d'un contrat d'assurance collective ne sont pas prises en charge rétroactivement par la garantie individuelle, puisqu'elles étaient déjà couvertes par l'assurance collective. En d'autres termes, il n'y a pas de violation de l'art. 9 LCA si, après le transfert, le même assureur continue à verser les prestations d'assurance individuelle³²⁵.

Enfin, l'art. 9 LCA pose des problèmes notamment lorsque l'assuré passe d'une assurance collective à une autre d'un assureur différent, dans le cadre de la convention collective de libre passage conclue entre les assureurs d'indemnités journalières maladie³²⁶. L'art. 4 al. 2 de cet accord déclare qu'en cas de changement d'assurance, le nouvel assureur doit reprendre les sinistres en cours aux mêmes conditions que le contrat d'assurance antérieur. Les assureurs essaient ainsi de résoudre les difficultés liées à l'interdiction des assurances rétroactives par des arrangements intra-assureurs³²⁷. Les juges fédéraux ont eu récemment la possibilité de se pencher sur la question de savoir si l'art. 4 al. 2 de la convention est contraire à l'art. 9 LCA³²⁸. À ce propos, ils ont observé que « *si l'on considère uniquement la nouvelle relation d'assurance, avec l'assureur du nouvel employeur, ce cas serait une assurance rétroactive illicite au sens de l'art. 9 LCA. Une telle appréciation [...] ne tient [toutefois] pas compte du fait qu'il s'agit ici d'une coordination entre deux assureurs collectifs* »³²⁹. D'après le Tribunal fédéral, nous sommes confrontés à un cas de responsabilité prolongée (*Nachhaftung*)³³⁰, c'est-à-dire à une situation dans laquelle une incapacité de travail est en cours alors que la durée de validité de la garantie d'assurance a déjà expiré³³¹. Or, « *rien n'empêcherait l'ancien assureur [...] d'accepter expressément une prolongation de sa responsabilité pour les sinistres encore en cours, ou en cas de rechute. Le régime de convention de libre passage n'est en soi rien d'autre que la garantie d'une telle responsabilité prolongée [...]* »³³². Cela dit, les juges fédéraux soutiennent que l'accord, en vertu duquel le nouvel assureur assumerait une responsabilité subséquente (selon les termes de l'ancien contrat d'assurance) à la place de l'assureur précédent, ne représente pas une manœuvre pour contourner l'interdiction des assurances rétroactives³³³.

³²² Cf. p. 23.

³²³ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 518 N 1064.

³²⁴ TF 4A_39/2009 du 7.4.2009, consid. 3.5.2.

³²⁵ Il faut donc prendre en compte l'ensemble global des rapports d'assurance (HÄBERLI/HUSMANN, p. 48 N 165). TF 4A_39/2009 du 7.4.2009, consid. 3.5.2 ; ATF 142 III 767, consid. 7.2 à p. 771 ; SCHAER, *Quo vadis Rückwärtsversicherungsverbot?*, p. 379 ; VVG-*Nachführungsband* NEF/ZEDWITZ, N 12 et N 14/15 ad Art. 9, pp. 73 et 75.

³²⁶ La version en vigueur actuellement est de 2006 (https://www.svv.ch/sites/default/files/2017-11/Freizuegigkeitsabkommen_f.pdf, consulté le 9.4.2019).

³²⁷ FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 92 ; HÄBERLI/HUSMANN, pp. 47 et 48 N 164 ; SCHAER, *Quo vadis Rückwärtsversicherungsverbot?*, pp. 377 et 378.

³²⁸ ATF 142 III 767, consid. 7.2 à p. 769ss ; BIAGGI/CHEVALIER/MURI/SCHAFFHAUSER, p. 49 ; HEISS, p. 125.

³²⁹ JdT 2018 II 146, pp. 148 et 149.

³³⁰ ATF 142 III 767, consid. 7.2 à p. 770.

³³¹ ATF 142 III 767, consid. 7.2 à p. 770 ; BIAGGI/CHEVALIER/MURI/SCHAFFHAUSER, p. 49 ; FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, pp. 88 et 90.

³³² JdT 2018 II 146, p. 149.

³³³ ATF 142 III 767, consid. 7.2 à p. 771.

3.5.3 Les difficultés en matière de prévoyance professionnelle

Le but de la prévoyance professionnelle est celui de permettre aux personnes âgées, aux survivants et aux invalides de garder un gain approprié après la survenance d'un cas d'assurance vieillesse, décès ou invalidité³³⁴. Il s'agit d'un système complexe de relations juridiques, qui comprend un volet obligatoire et un volet dit « *sur-obligatoire* » ou « *prévoyance plus étendue* »³³⁵. En règle générale, tous les salariés qui ont plus de 17 ans et qui perçoivent une rémunération annuelle supérieure à 21'330 francs sont assurés de façon obligatoire³³⁶. Toutefois, selon l'art. 1j al. 1 let. d OPP 2, cela n'est pas le cas pour les employés invalides à raison de 70% (ou plus) conformément au régime AI. La LPP fixe le seuil minimal au-dessous duquel les caisses de pension ne doivent pas descendre, mais elles sont toujours libres d'octroyer des avantages supplémentaires à certains assurés dans des situations particulières³³⁷. Ainsi, le régime de prévoyance plus étendue permet notamment l'assurance facultative des individus qui ne sont pas soumis à la prévoyance obligatoire³³⁸.

Le lien juridique entre le travailleur et l'institution de prévoyance constitue un contrat *sui generis*, qui est régi par la LPP et, subsidiairement, par le CO³³⁹. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs affirmé qu'en matière de prévoyance plus étendue, une application analogique de l'art. 9 LCA s'impose si le preneur est complètement invalide au moment de l'entrée dans le cercle des assurés et si les statuts de l'institution de prévoyance ne prévoient pas des dispositions spécifiques³⁴⁰. L'idée à la base du raisonnement des juges fédéraux est le fait que l'assuré invalide à 100% n'est pas en mesure d'être assuré facultativement³⁴¹. En effet, le risque couvert par la prévoyance professionnelle est l'incapacité de gain du preneur et non pas ses problèmes de santé. Par conséquent, si un assuré est complètement invalide, il faut considérer que le sinistre est déjà entièrement survenu, puisqu'il n'existe plus une capacité de gain résiduelle. Un intérêt assurable fait désormais défaut, ce qui entraîne l'applicabilité de l'art. 9 LCA en tant qu'expression légale du principe d'assurance et règle d'ordre public³⁴². Au contraire, les caisses de pension peuvent décider de stipuler un contrat de prévoyance valable avec les salariés victimes d'une invalidité partielle. La rente est alors susceptible de couvrir même l'invalidité en cours, à condition qu'une réserve pour les troubles à l'origine de celle-ci n'ait pas été instituée³⁴³.

Un exemple très parlant est l'ATF 118 V 158: en 1984, l'assurance-invalidité octroie une rente complète à X, depuis 1982 incapable de travailler à 100% en raison de troubles psychiques. Le 1^{er} mai 1987, X est engagé en tant qu'ouvrier de voirie auprès de la commune de C, laquelle annonce ensuite la prise d'emploi à la caisse de pension pour le personnel communal. Quelques mois plus tard, les conditions de santé de X se détériorent. Il est hospitalisé dans un établissement psychiatrique et la commune de C résilie le contrat de travail. Le tuteur de X demande alors le versement d'une pension d'invalidité à l'institution de prévoyance, mais

³³⁴ Art. 1 al. 1 LPP ; OBERSON, p. 2.

³³⁵ BRULHART, p. 501 N 1015.

³³⁶ Art. 2 al. 1 LPP.

³³⁷ OBERSON, pp. 7 et 53.

³³⁸ OBERSON, p. 8.

³³⁹ BRULHART, p. 501 N 1020.

³⁴⁰ ATF 118 V 158, consid. 5 à p. 169 ; TF 9C_377/2014 du 10.2.2015, consid. 3.5.2 ; LANDOLT/WEBER, p. 51 ; LEHMANN, II, p. 261 ; LPP/LFLP SCHNEIDER, N 55 ad Art. 2 LPP, p. 138 ; VVG-Nachführungsband NEF/ZEDWITZ, N 7 ad Art. 9, p. 72.

³⁴¹ MOSER, p. 125.

³⁴² LEHMANN, II, p. 261 ; LPP/LFLP SCHNEIDER, N 55 ad Art. 2 LPP, p. 138.

³⁴³ *Ibid.*

celle-ci refuse. La caisse de pension soutient que l'incapacité de gain de X est antérieure à son engagement et que son affiliation a été une erreur. En s'appuyant sur l'art. 9 LCA, le Tribunal fédéral a nié à X la possibilité de bénéficier de toute prétention fondée sur le régime de la prévoyance plus étendue³⁴⁴.

MOSER est de l'opinion que l'application par analogie de l'art. 9 LCA n'est pas une solution satisfaisante. En effet, la prévoyance professionnelle ne garantit pas uniquement le risque d'invalidité, mais aussi celui concernant le décès et la vieillesse. *In casu*, le preneur invalide n'avait pas encore atteint l'âge de la retraite.

Toujours selon MOSER, il n'est ainsi pas correct d'exclure *a priori* l'existence d'un contrat de prévoyance: il faudrait plutôt envisager une nullité partielle³⁴⁵.

4. L'assurance rétroactive selon le projet de révision partielle 2017

La LCA est une loi ancienne qui a fait ses preuves, en réglant très bien les relations d'assurance³⁴⁶. Toutefois, au fil des années, plusieurs auteurs ont souligné la nécessité d'une révision, afin de mettre la loi en conformité aux exigences de nos temps³⁴⁷. Dans ce contexte, l'assurance rétroactive est un point très critiqué³⁴⁸. La question de l'opportunité d'un changement de l'art. 9 LCA a été abordée à maintes reprises et les solutions doctrinales prospectées varient.

À titre d'exemple, BREHM, DE BUREN et KOENIG ont proposé d'abandonner la nature absolument impérative de l'art. 9 LCA³⁴⁹.

En 1962, KOENIG était déjà de l'avis que l'art. 9 LCA avait quelque peu perdu sa justification, puisque, dans certaines circonstances, il y a un intérêt économique légitime concernant la possibilité de conclure des contrats d'assurance rétroactifs³⁵⁰. Selon cet auteur, l'assurance rétroactive devrait être autorisée, à la condition que les parties soient de bonne foi³⁵¹. Par conséquent, il soutient qu'il faudrait appliquer le régime de l'art. 10 LCA de façon générale et le considérer relativement impératif³⁵².

DE BUREN a, quant à lui, affirmé que l'art. 9 LCA ne donne pas de réponse efficace aux besoins des assurés et il a mis en évidence un certain nombre d'inconvénients relatifs à cette disposition³⁵³. Il préconise la légitimation des couvertures rétroactives, sans autre précision³⁵⁴. Enfin, dans sa proposition de révision de 1998, BREHM a gardé le principe d'interdiction des assurances rétroactives, mais en tant que droit dispositif³⁵⁵.

La LCA a été révisée pour la première fois en 2006. Il s'agissait d'une révision partielle, qui a permis de répondre uniquement à des problèmes urgents liés à la protection des

³⁴⁴ ATF 118 V 158, consid. 5 à p. 169.

³⁴⁵ MOSER, pp. 126 et 129 ; BSK VVG NEF, N 7 *ad* Art. 9 LCA, pp. 175 et 176.

³⁴⁶ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4772 ; BREHM, *Entwurf*, p. 1 ; CARRÉ, *Révision*, p. 86.

³⁴⁷ CARRÉ, *Révision*, p. 86. *Cf.* p. ex. GAUCH, pp. 62ss ; FUHRER, HAVE 2012, pp. 189 et 197.

³⁴⁸ *Cf.* p. ex. pp. 26 et 27 et ci-dessous.

³⁴⁹ BSK VVG NEF, N 26 *ad* Art. 9 LCA, p. 182 ; BREHM, *Entwurf*, p. 6 ; DE BUREN, p. 312 ; KOENIG, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*, pp. 223 et 224 ; WALTER, p. 59.

³⁵⁰ KOENIG, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*, pp. 222 et 223 ; WALTER, p. 59.

³⁵¹ KOENIG, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*, pp. 223 et 224.

³⁵² *Cf.* art. 98 LCA ; KOENIG, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*, p. 224.

³⁵³ DE BUREN, pp. 311 et 312 ; WALTER, pp. 59 et 60.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ BREHM, *Entwurf*, p. 6 ; WALTER, p. 60.

consommateurs³⁵⁶. Le projet avait été approuvé dans le cadre de l'élan de modernisation suscité par la modification de la LSA³⁵⁷, mais il n'a pas intéressé l'art. 9 LCA.

Toujours en 2006, la commission d'experts sous la direction du professeur Anton K. Schnyder, qui avait été chargée par le Département fédéral de justice et police³⁵⁸ de rédiger une proposition de révision totale de la LCA, lui a transmis son avant-projet. Ce dernier a ensuite été remanié et soumis au Parlement³⁵⁹. Le projet définitif prévoyait l'abolition de l'interdiction des assurances rétroactives, avec un texte très similaire à celui qui fait l'objet du projet de révision partielle 2017³⁶⁰. Toutefois, aussi bien le Conseil national que le Conseil des États ont estimé que le projet de révision totale allait trop loin, qu'il ne respectait pas certaines innovations introduites en 2006 et que les coûts de mise en œuvre étaient trop importants³⁶¹. Le Parlement a décidé de renvoyer le projet au Conseil fédéral, mais, en même temps, il a jugé qu'il faisait procéder à une modification de la loi. Ainsi, il a demandé au Conseil fédéral d'élaborer un autre projet de révision, qui devait cependant se borner à faire des changements ponctuels, en respectant des exigences précises³⁶². Dans sa décision de renvoi, le Parlement a listé les modifications inévitables et, parmi elles, il a expressément mentionné l'autorisation de l'assurance rétroactive³⁶³. Le Conseil fédéral a adopté son Message le 28 juin 2017.

L'art. 10 al. 1 P-LCA prévoit que « *les effets du contrat peuvent débiter à une date antérieure à celle de sa conclusion si un intérêt assurable existe* ». En d'autres termes, cet article légitime les contrats d'assurance rétroactifs.

Les difficultés engendrées par l'art. 9 LCA sont énormes et évidentes, malgré le fait que le Tribunal fédéral ait essayé de les mitiger³⁶⁴. Il existe, dans certains cas, un besoin très fort de pouvoir conclure des couvertures rétroactives, afin d'offrir une protection d'assurance pour le passé³⁶⁵. En ce sens, nous concordons avec KOENIG lorsqu'il dit que les fondements doctrinaux à la base de l'art. 9 LCA ne sont désormais plus valables³⁶⁶. Par ailleurs, comme nous l'avons vu, les compagnies d'assurances renoncent souvent à invoquer l'art. 9 LCA³⁶⁷.

L'avantage de l'art. 10 al. 1 P-LCA est celui de consacrer le principe fondamental de la liberté contractuelle sur une plus large échelle³⁶⁸. Ainsi, les parties peuvent décider si elles veulent tenir compte des sinistres survenus avant la conclusion du contrat, ce qui doit être salué positivement.

³⁵⁶ <https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/themen/wirtschaft--waehrung-finanzplatz/finanzmarktpolitik/revision-totale-de-la-loi-sur-le-contrat-d-assurance--lca/fb-vvg.html>, consulté le 27.4.2019 ; BRULHART, *Révision partielle LCA*, pp. 50 et 51 ; CARRÉ, *Révision*, p. 88.

³⁵⁷ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4772 ; BRULHART, *Révision partielle LCA*, p. 50 ; CARRÉ, *Révision*, pp. 88 et 89.

³⁵⁸ Le Département fédéral des finances est aujourd'hui compétent en la matière (Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4773).

³⁵⁹ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4773 ; BRULHART, *Révision partielle LCA*, p. 51 ; CARRÉ, *Révision*, pp. 90 et 91.

³⁶⁰ Art. 24 et 25 du projet de révision totale 2006. Nous renonçons à faire d'ultérieures remarques à propos du texte de 2006, tout en renvoyant aux observations sur le projet de révision partielle 2017 (*cf.* ci-dessous).

³⁶¹ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4773 ; BRULHART, *Regard critique*, p. 88.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ *Ibid.*

³⁶⁴ *Cf.* p. ex. les relativisations jurisprudentielles de l'ATF 127 III 21, examinées sous le chap. 3.5.1.2.

³⁶⁵ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4790 ; KOENIG, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*, p. 223 ; WALTER, p. 64.

³⁶⁶ KOENIG, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*, p. 222.

³⁶⁷ *Cf.* p. 31.

³⁶⁸ Pour des considérations générales sur la liberté contractuelle, *cf.* p. 5.

Le projet admet l'assurance rétroactive d'une façon globale, sans faire de distinctions entre les différentes branches d'assurance. Nous rappelons à ce propos la thèse de SCHUHMACHER, en vertu de laquelle l'art. 9 LCA doit se limiter à régler l'assurance de choses et ne doit pas sanctionner celle des personnes³⁶⁹. Or, SCHUHMACHER a développé son idée suite à l'ATF 127 III 21³⁷⁰ et, bien qu'elle soit une solution envisageable dans un tel contexte, nous ne saurions pas la soutenir s'il s'agit de la révision. Il est vrai que la nécessité de stipuler des assurances rétroactives ne concerne pas forcément toutes les branches d'assurance, mais le projet n'institue aucune obligation quant à la fixation de la date du début des effets contractuels³⁷¹. À notre avis, il faut toujours laisser le choix de conclure une assurance rétroactive à la libre volonté des parties contractantes.

En substance, nous nous rallions au texte du projet. Une remarque s'impose toutefois. Pour pouvoir admettre la validité des garanties d'assurances rétroactives, l'art. 10 al. 1 P-LCA exige la présence d'un intérêt assurable. Avec GROLIMUND³⁷², nous trouvons que le projet n'est pas très satisfaisant sur ce point, puisqu'il n'énonce pas ce qu'il faut entendre par « *intérêt assurable* »³⁷³. Nous sommes confrontés à une notion juridique indéterminée, qui pourrait être source de confusion. En effet, l'intérêt assurable se réfère traditionnellement à un risque futur, alors qu'ici le risque pourrait s'être déjà produit³⁷⁴. Nous considérons ainsi que la précision n'apporte rien au texte de loi, étant donné qu'une relativisation implicite du caractère futur de l'intérêt assurable intervient déjà par le biais de l'admission des assurances rétroactives³⁷⁵.

Le principe de légitimation de l'assurance rétroactive ne doit pas prévaloir sans exceptions. Nous avons remarqué à plusieurs reprises qu'il y a constamment un péril d'abus du mécanisme d'assurance³⁷⁶. Nous nous référons ici aux cas d'asymétrie d'information, c'est-à-dire aux situations dans lesquelles une partie dispose d'un niveau de connaissance supérieur et décide de l'exploiter au détriment de son cocontractant³⁷⁷.

Le Conseil fédéral partage ces préoccupations et il a estimé opportun de poser des limites dans l'art. 10 al. 2 P-LCA, qui énonce que « *l'assurance rétroactive est nulle si seul le preneur d'assurance ou l'assuré savait ou devait savoir qu'un sinistre était déjà survenu* ». Selon le projet de loi, cet alinéa est absolument impératif³⁷⁸.

En d'autres termes, il s'agit de protéger la bonne foi de l'assureur et d'éviter qu'il subisse inconsciemment un désavantage réel³⁷⁹. Par ailleurs, dans ces cas, le preneur d'assurance commet souvent une violation de son obligation de déclaration précontractuelle, ce qui entraîne l'application des dispositions sur la réticence³⁸⁰. Nous sommes d'accord avec le Message lorsqu'il affirme que l'art. 10 al. 2 P-LCA n'est pourtant pas sans objet. En effet, ce dernier

³⁶⁹ Cf. p. 27 ; SCHUHMACHER, p. 165.

³⁷⁰ À ce sujet, cf. le chap. 3.5.1.1.

³⁷¹ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4791.

³⁷² GROLIMUND, p. 138.

³⁷³ Le Message fait juste des considérations en lien avec l'art. 16 P-LCA (BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 293 n.b.p. 935).

³⁷⁴ GROLIMUND, p. 138.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ Cf. pp. 5, 16, 17 et 28.

³⁷⁷ Cf. p. 22 ; BRULHART, *Des conflits d'intérêts*, p. 91 ; BRULHART, *Révision partielle LCA*, p. 57 ; WALTER, p. 66.

³⁷⁸ Art. 97 P-LCA.

³⁷⁹ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4791 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 293 N 540 ; WALTER, p. 66.

³⁸⁰ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4791 ; cf., dans le même sens, BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 293 N 540 ; WALTER, p. 67.

règle les situations dans lesquelles le preneur d'assurance n'a pas dû répondre à un questionnaire avant la conclusion du contrat³⁸¹.

Enfin, l'art. **10a P-LCA** complète l'alinéa précédent³⁸². Sous le titre marginal « *impossibilité de survenance du sinistre* » le texte de cet article récite que « *est nul tout contrat d'assurance qui a été conclu dans la perspective d'un événement dont seule l'entreprise d'assurance sait ou doit savoir que sa survenance est impossible* ». L'art. 10a P-LCA tient compte de l'hypothèse de la disparition du risque, actuellement décrite dans l'art. 9 LCA³⁸³. Toutefois, l'expression « *impossibilité de survenance du sinistre* » a une portée plus large: elle n'est pas seulement engendrée par la disparition du risque, mais aussi par le fait que le risque n'a jamais existé. Comme nous l'avons déjà indiqué, cela coïncide avec l'institution de l'art. 20 CO, qui déclare nuls les contrats qui, lors de la conclusion, ont pour objet une prestation non exécutable³⁸⁴. En ce sens, l'impossibilité de survenance du sinistre empêche l'exécution de la prestation d'assurance à l'avenir, indépendamment de l'existence d'une garantie d'assurance rétroactive³⁸⁵. À ce propos, le Message énonce que l'art. 10a P-LCA « *ne se réfère pas à l'assurance rétroactive, mais envisage le cas dans lequel l'entreprise d'assurance savait (ou aurait dû savoir) que l'événement futur ne pouvait objectivement pas se produire* »³⁸⁶.

Selon nous, l'art. 10a P-LCA réaffirme ainsi le principe de la nullité d'un contrat en cas d'impossibilité initiale et objective³⁸⁷. Dans un souci de clarté et de cohérence avec les autres dispositions examinées auparavant, nous considérons qu'il n'est cependant pas superflu de le garder. Le Conseil fédéral s'est placé ici dans une perspective très précise, à savoir celle de la disparition d'information. Le but est celui de protéger la bonne foi du preneur d'assurance et, sous ce point de vue, la réglementation proposée nous paraît censée³⁸⁸.

Pour l'illustrer, prenons un exemple fait par le Message: un preneur d'assurance veut stipuler une assurance-vie pour une personne qui, en réalité, est déjà décédée, mais il n'en est pas au courant³⁸⁹. L'assureur conscient du décès pourrait être tenté de conclure le contrat, alors qu'il sait d'emblée que la prestation d'assurance est impossible, afin de bénéficier de la prime d'assurance. Il s'agit d'une situation inconcevable, qu'il faut sanctionner³⁹⁰.

À notre avis, il n'en demeure pas moins que le contrat d'assurance doit être déclaré nul conformément à l'art. 20 CO, même dans l'hypothèse où les deux parties ignoraient le décès, puisque la survenance future du sinistre est à exclure et la prestation est impossible³⁹¹.

En **résumé**, le projet de révision déplace la question de la légitimation de l'assurance rétroactive sur un plan purement subjectif. Si, au moment de la conclusion du contrat, les deux parties méconnaissent la réalité des choses et considèrent que le sinistre est encore susceptible de

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 294 N 541.

³⁸³ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4791.

³⁸⁴ CR CO I GUILLOD/STEFFEN, N 76 *ad* Art. 19, 20, p. 198 ; cf. pp. 6 et 7.

³⁸⁵ Cf. pp. 13 et 14.

³⁸⁶ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4791.

³⁸⁷ GL, l'AECA, l'ECA JU et le Groupe Mutuel partagent notre avis (Procédure de consultation relative à la modification de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) – Rapport de résultats, p. 13, <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/48962.pdf>, consulté le 7.5.2019).

³⁸⁸ Cf., dans le même sens, BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 294 N 541.

³⁸⁹ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4791.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Cf., dans le même sens, BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 294 N 541.

survenir, rien n'empêcherait une couverture rétroactive³⁹². Par contre, si le preneur connaît ou doit connaître le fait que le sinistre était déjà survenu ou si l'assureur sait ou doit savoir que la survenance du sinistre est impossible, le contrat est entaché d'une nullité absolue³⁹³. Dans ce contexte, il faut encore déterminer à partir de quand la partie concernée « *devait savoir* » que le sinistre était déjà survenu ou que sa survenance était impossible. La réponse à cette question varie en fonction des circonstances et de l'attention requise en l'espèce³⁹⁴. Avec WALTER, nous sommes de l'avis qu'il faudrait alors appliquer l'art. 3 al. 2 CC par analogie³⁹⁵.

En dernier lieu, nous nous proposons d'examiner dans quelle mesure l'admission potentielle de l'assurance rétroactive pourrait relativiser les caractéristiques du risque³⁹⁶. La possibilité de prendre en charge un risque n'ayant pas un caractère futur est, à première vue, choquante et résulte être incompatible avec l'activité d'assurance. En effet, nous avons vu que l'exigence d'un risque futur est un corollaire du caractère aléatoire, puisque le risque doit être futur pour pouvoir être incertain³⁹⁷. Or, nous ne sommes pas entièrement d'accord avec ce principe. Selon nous, les articles du projet de révision analysés auparavant sont compatibles avec la nécessité d'un risque aléatoire, car même ce qui n'est pas connu par les parties contractantes est subjectivement incertain³⁹⁸. La réflexion ne change pas, mais elle se déplace sur un plan différent. Bien que l'événement redouté se soit déjà objectivement réalisé, le sinistre survient, d'un point de vue subjectif, aussitôt que le preneur et l'assureur apprennent la réalité des choses³⁹⁹. Nous estimons que cette approche représente une solution gagnante: elle permet de tenir compte du besoin des couvertures rétroactives, tout en évitant les abus et en protégeant la bonne foi des intéressés. En outre, la vision subjective nous semble plus conforme à l'optique contractuelle du droit des assurances privées et plus en harmonie avec les autres dispositions de la LCA qui se basent sur le critère de la connaissance (p. ex. les art. 3–8 LCA)⁴⁰⁰.

Par ailleurs, notre raisonnement trouve également un appui dans une perspective historique. Le législateur de 1908 avait entrevu certains problèmes relatifs à l'application de l'art. 9 LCA, ce qui nous montre qu'il n'était pas très attaché au principe absolu de non-rétroactivité. En effet, il a notamment adopté l'art. 10 LCA, qui prévoit déjà le passage à une façon de voir subjective⁴⁰¹. Il s'est limité à mentionner les assurances-incendie et transport, puisque les autres formes d'assurance qui créent des difficultés à l'heure actuelle n'étaient pas encore assez développées⁴⁰². À notre avis, il ne s'agit pas d'une raison pour exclure l'élargissement des exceptions à l'interdiction de l'assurance rétroactive.

Le projet de révision partielle généralise l'art. 10 LCA, en faisant néanmoins des différences. Tout d'abord, les art. 10 al. 2 et 10a P-LCA remplacent le droit à la résolution du contrat par une nullité absolue⁴⁰³. Ensuite, contrairement à l'art. 10 LCA, l'art. 10 al. 1 P-LCA ne

³⁹² Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4791 ; BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 293 N 540 ; WALTER, p. 65.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 294 N 541 ; WALTER, p. 67.

³⁹⁵ WALTER, p. 67.

³⁹⁶ Cf. p. 4.

³⁹⁷ *Ibid.*

³⁹⁸ Cf., dans le même sens, BRULHART, *Des conflits d'intérêts*, pp. 90 et 91 ; DE BUREN, pp. 312 et 313.

³⁹⁹ WALTER, p. 68.

⁴⁰⁰ BRULHART, *Droit des assurances privées*, p. 292 N 538 ; BRULHART, *Le dommage assurable*, p. 260.

⁴⁰¹ Cf. p. 21.

⁴⁰² FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*, p. 83.

⁴⁰³ WALTER souligne que, dans un deuxième temps, les parties peuvent éviter la nullité en concluant de nouveau le même contrat (WALTER, pp. 66 et 67). En effet, l'art. 10 al. 1 P-LCA ne leur interdit pas la stipulation d'une garantie rétroactive en pleine connaissance de cause (BRULHART, *Révision partielle LCA*, p. 57).

sanctionne pas les garanties d'assurance dans le cas où les deux parties contractantes savent que le sinistre est déjà survenu et décident quand même de le couvrir. Cela est l'expression du principe de la liberté contractuelle: l'assureur qui manifeste la volonté de prendre en charge un sinistre déjà survenu devrait être libre de le faire⁴⁰⁴.

Un problème surgit dans ce cas de figure. Du moment que la réalisation de l'événement redouté n'est pas incertaine (ni objectivement, ni subjectivement), il y a une rupture avec caractère aléatoire du risque. Nous considérons alors que le fondement juridique de la prestation change et que nous sommes en réalité confrontés à une donation mixte⁴⁰⁵.

5. Optique comparative

Le droit des assurances privées n'a pas été unifié au niveau européen. Par conséquent, les États membres de l'Union européenne règlent différemment la matière, chacun avec sa propre législation interne⁴⁰⁶. Dans le cadre de ce travail, nous avons choisi d'analyser le régime en vigueur dans les trois grands pays limitrophes à la Suisse, puisqu'ils se situent tous dans des perspectives similaires, mais aussi distinctes l'une de l'autre. Cela nous permet notamment d'illustrer la pluralité de réponses possibles à un problème juridique commun, tel que celui de l'assurance rétroactive.

Tout d'abord, dans le **droit allemand**, l'assurance rétroactive est réglée au § 2 dVVG. La possibilité de stipuler des contrats d'assurance rétroactifs est admise. Ainsi, selon le § 2 (1) dVVG, les parties peuvent prévoir dans la convention d'assurance que la protection d'assurance est accordée pour une période antécédente à sa conclusion. La validité de l'accord dépend de l'ignorance subjective du preneur et de l'assureur quant à la survenance du sinistre⁴⁰⁷.

D'après le § 2 (2) dVVG, si, lors de la remise de sa manifestation de volonté, l'assureur sait que la réalisation de l'événement redouté doit être exclue, il n'a pas droit à la prime d'assurance. Par contre, dans le cas où le preneur est conscient du fait que le sinistre est déjà survenu, l'assureur n'est pas obligé à fournir sa prestation⁴⁰⁸. Dans cette dernière hypothèse, le preneur n'est pas tenu de payer la prime, pour autant que l'intérêt assuré n'existe plus⁴⁰⁹.

Enfin, si avant la remise de l'offre par le preneur d'assurance, les deux parties savent que le sinistre est déjà survenu avant la remise de l'offre du preneur d'assurance, il faut considérer que les parties ont décidé de déroger au § 2 (2) dVVG⁴¹⁰. En vertu du § 138 BGB, cette dérogation est contraire aux bonnes mœurs, lorsqu'elle représente une donation abusive au détriment de la collectivité des assurés⁴¹¹.

En substance, le régime allemand est le contraire de celui consacré par l'art. 9 LCA⁴¹², mais correspond très largement à l'actuel art. 10 LCA⁴¹³.

⁴⁰⁴ Cf., dans le même sens, WALTER, p. 66.

⁴⁰⁵ Cf., dans le même sens, WALTER, p. 69.

⁴⁰⁶ Message concernant la révision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA) du 28 juin 2017, FF 4767, p. 4778 ; CARRÉ, p. 88.

⁴⁰⁷ BASEDOW/FOCK, I, p. 326 ; BSK VVG NEF, N 28 ad Art. 9 LCA, p. 182 ; KOENIG, p. 161 n.b.p. 1.

⁴⁰⁸ BSK VVG NEF, N 28 ad Art. 9 LCA, p. 183 ; *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht*-WANDT, p. 126 N 439 ; WALTER, p. 57.

⁴⁰⁹ § 80 (1) dVVG ; *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht*-WANDT, p. 126 N 439.

⁴¹⁰ *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht*-WANDT, p. 126 N 439 ; PRÖLSS/MARTIN, N 45 ad § 2 dVVG, p. 108.

⁴¹¹ PRÖLSS/MARTIN, N 45 ad § 2 dVVG, p. 108.

⁴¹² WALTER, p. 57.

⁴¹³ BSK VVG NEF, N 28 ad Art. 9 LCA, p. 183.

À l'instar de la réglementation suisse, le **droit italien** interdit l'assurance rétroactive⁴¹⁴. À ce propos, l'art. 1895 c.c. énonce que le contrat d'assurance est nul si le risque n'a jamais existé ou s'il a cessé d'exister avant la conclusion de l'accord. Selon le droit italien, il y a cessation du risque lorsque l'événement redouté s'est déjà produit ou lorsque l'événement redouté ne s'est pas réalisé et ne pourra plus se réaliser⁴¹⁵. La nullité en cas de cessation du risque confirme indirectement son caractère incertain et futur⁴¹⁶. L'assurance rétroactive n'est pas non plus admise en présence d'un risque putatif (*rischio putativo*). Le risque putatif se réfère à la situation dans laquelle les parties ignorent la survenance du sinistre⁴¹⁷.

Néanmoins, une exception au principe de l'interdiction des couvertures rétroactives est prévue dans le domaine des assurances maritimes. L'art. 514 c.n. permet, en effet, l'assurance du risque putatif⁴¹⁸. Ainsi, le contrat est valable même dans l'éventualité où le sinistre soit survenu avant sa conclusion, pour autant que les parties n'aient pas encore appris de la cessation du risque à l'instant de la conclusion du contrat⁴¹⁹. L'assureur qui ignore la réalité des choses a droit au remboursement de ses frais et, s'il arrive à prouver la mauvaise foi du preneur, il peut également exiger la totalité de la prime convenue⁴²⁰.

Enfin, le **droit français** présente un système mixte. Le législateur français autorise par exemple les « *clauses de reprise du passé inconnu* »⁴²¹. Selon ces clauses, la garantie d'assurance est étendue dans le passé, avant la conclusion du contrat⁴²². La reprise du passé est toutefois brève (p. ex. 6 mois ou 1 an) et le sinistre déjà survenu n'est pas couvert si un aléa ne subsiste plus, puisque l'assuré sait qu'il a provoqué un dommage⁴²³. En d'autres termes, le droit français connaît la figure du risque putatif⁴²⁴, mais l'art. L.121-15 CA énonce aussi que « *l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques [...]* ». Il s'agit d'une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par la partie protégée⁴²⁵. Les juges de la Cour de cassation française sont partagés et appliquent une conception du risque tantôt objective, tantôt subjective⁴²⁶.

6. Conclusions

Tout au long de ce travail, nous avons examiné l'assurance rétroactive et le principe de son interdiction dans l'ordre juridique suisse actuel. Les raisons qui ont poussé le législateur à adopter l'art. 9 LCA sont compréhensibles: il s'agit d'éviter les abus du mécanisme d'assurance et d'en assurer le bon fonctionnement. En outre, lors de la conclusion du contrat d'assurance, la survenance de l'événement redouté doit être aléatoire. Selon la conception qui prévaut aujourd'hui, cela implique que le risque assuré présente aussi la caractéristique d'être futur. Ainsi, le preneur n'est généralement pas en mesure d'obtenir une protection d'assurance qui remonte dans le passé.

⁴¹⁴ BASEDOW/FOCK, I, p. 58 ; ROSSETTI, I, p. 789.

⁴¹⁵ ROSSETTI, I, p. 788.

⁴¹⁶ *Ibid.*

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ BASEDOW/FOCK, I, p. 690 ; LEFEBVRE D'OVIDIO/PESCATORE/TULLIO, p. 689 N 440 ; ROSSETTI, II, p. 209.

⁴¹⁹ LEFEBVRE D'OVIDIO/PESCATORE/TULLIO, p. 689 N 440 ; ROSSETTI, II, p. 209.

⁴²⁰ LEFEBVRE D'OVIDIO/PESCATORE/TULLIO, p. 690 N 440.

⁴²¹ LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, p. 510 N 713 ; WALTER, p. 58.

⁴²² CHAGNY/PERDRIX, p. 208 ; LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, pp. 510 et 511 N 713 ; WALTER, p. 58.

⁴²³ CHAGNY/PERDRIX, p. 208.

⁴²⁴ BEIGNIER, p. 211.

⁴²⁵ BEIGNIER, p. 210 ; WALTER, p. 58.

⁴²⁶ *Ibid.*

Le besoin de garanties rétroactives est toutefois devenu de plus en plus pressant et, désormais, il arrive souvent qu'un contrat d'assurance couvre des événements passés. À ce propos, entre autres, nous pensons aux clauses « *claims-made* », très fréquentes dans le domaine de l'assurance RC professionnelle. Or, l'art. 9 LCA ne crée pas de difficultés en la matière, si les parties contractantes considèrent que le sinistre survient lors de la demande de réclamation.

Par ailleurs, l'interdiction de l'assurance rétroactive pose bien d'autres problèmes pratiques. En effet, la nullité absolue prévue par l'art. 9 LCA est une sanction lourde et, parfois, inéquitable. Par exemple le preneur de bonne foi peut même être confronté à une nullité « *surprise* », bien qu'il ait toujours adopté un comportement responsable. L'ATF 127 III 21 le souligne d'une façon très claire et nous ne pouvons que soutenir ses relativisations successives. La mise en œuvre de l'art. 9 LCA est pareillement très complexe dans le cadre de l'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie. Nous rappelons notamment les complications qui surgissent lorsqu'il y a lieu de passer d'un type d'assurance à un autre et le fait que certaines compagnies d'assurance se sont déclarées prêtes à ne pas invoquer l'art. 9 LCA.

Nous avons aussi remarqué que le législateur a prévu des exceptions au principe de la non-rétroactivité des contrats d'assurance, mais aujourd'hui celles-ci ne sont plus suffisantes. Il nous semble donc que limiter le champ d'application de l'art. 10 LCA à l'assurance-incendie et transport est trop restrictif.

La bonne direction à suivre est celle de légitimer l'assurance rétroactive et d'adopter une conception subjective du risque. En d'autres termes, les conséquences dommageables d'un sinistre qui est déjà survenu, alors que les parties contractantes ne le savent pas, devrait pouvoir être indemnisé. L'analyse comparée nous permet de constater que les pays limitrophes à la Suisse utilisent également la figure du risque d'un point de vue subjectif. Comme nous l'avons indiqué, cela n'est pas forcément en contradiction avec l'exigence d'un risque aléatoire. Néanmoins, l'autorisation de l'assurance rétroactive ne doit être admise que sous certaines conditions, afin d'éviter une violation du principe de la bonne foi et d'empêcher les abus. De façon générale, le projet de révision partielle 2017 partage notre avis et nous espérons ainsi que ce point sera accepté.

Bibliographie

AYER Ariane/DESPLAND Béatrice, *Loi sur l'assurance-maladie (LAMal) annotée, Loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA), ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal), ordonnance du DFI sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (OPAS), et autres ordonnances utiles dans l'application de la loi sur l'assurance-maladie sociale*, 2^e éd., Bâle 2013.

BASEDOW Jürgen/FOCK Till, *Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Band I*, Tubingue 2002.

BEIGNIER Bernard, *Droit des assurances*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux 2015.

BIAGGI Raffaella/CHEVALIER Marco/MURI Thomas/SCHAFFHAUSER Urs, *Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht – Entwicklungen 2016*, Berne 2017.

BREHM Roland, *Le contrat d'assurance RC*, 2^e éd., Bâle/Francfort-sur-le-Main 1997 [cité: BREHM].

BREHM Roland, *Kommentar zum Entwurf eines neuen Versicherungsvertragsgesetzes (29. Januar 1996)*, <https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Materialien/VVG/Totalrevision/Entwurf%20Brehm/1996%20VVG%20E%20Brehm%20Komm.pdf>, consulté le 6.5.2019 [cité: BREHM, *Entwurf*].

BRULHART Vincent, *Révision partielle LCA*, in: WERRO Franz/PROBST Thomas (édit.), *Journées du droit de la circulation routière 22 juin 2018*, Berne 2018, pp. 49ss [cité: BRULHART, *Révision partielle LCA*].

BRULHART Vincent, *Droit des assurances privées*, 2^e éd., Berne 2017 [cité: BRULHART, *Droit des assurances privées*].

BRULHART Vincent, *Des conflits d'intérêts et de quelques clauses contractuelles couramment discutées en matière d'assurance*, in: WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal (édit.), *Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées – Colloque du droit de la responsabilité civile 2015 – Université de Fribourg*, Berne 2016, pp. 77ss [cité: BRULHART, *Des conflits d'intérêts*].

BRULHART Vincent, *Regard critique sur quelques évolutions récentes en droit des assurances privées*, in: SJ 2014 II, pp. 73ss [cité: BRULHART, *Regard critique*].

BRULHART Vincent, *Le dommage assurable – quelques réflexions sur les limites juridiques et techniques de l'assurabilité*, in: WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal (édit.), *Le dommage dans tous ses états – Colloque du droit de la responsabilité civile 2013 – Université de Fribourg*, Berne 2013, pp. 243ss [cité: BRULHART, *Le dommage assurable*].

BRULHART Vincent, *La couverture dans le temps en assurance de la responsabilité civile*, in: WERRO Franz (édit.), *Le temps dans la responsabilité civile*, Berne 2007, pp. 53ss [cité: BRULHART, *La couverture dans le temps*].

BRULHART Vincent, *La liberté contractuelle – fondement juridique et impératif technique de l'assurance privée*, in: HAVE/REAS 1/2007, pp. 88ss [cité: BRULHART, *La liberté contractuelle*].

BRULHART Vincent, *L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie*, in: KAHIL-WOLFF Bettina, WYLER Rémy (édit.), *Le droit social dans la pratique de l'entreprise – Questions choisies*, Berne 2006, pp. 95ss [cité: BRULHART, *L'assurance collective*].

BRULHART Vincent, *La mutualité dans l'assurance privée: entre liberté contractuelle et égalité de traitement*, in: PIOTET Denis/TAPPY Denis (édit.), *L'arbre de la méthode et ses fruits civils – Recueil de travaux en l'honneur du professeur Suzette Sandoz*, Zurich/Bâle/Genève 2006, pp. 435ss [cité: BRULHART, *Mutualité*].

BRULHART Vincent, *Le cas d'assurance*, in: SCHNYDER Anton K./WEBER Stephan (édit.), *Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?*, Zurich/Bâle/Genève, 2006, pp. 85ss [cité: BRULHART, *Le cas d'assurance*].

BUSSY André/RUSCONI Baptiste/JEANNERET Yvan/KUHN André/MIZEL Cédric/MÜLLER Christoph, *Code suisse de la circulation routière commenté*, 4^e éd., Bâle 2015 [cité: BUSSY/RUSCONI].

CARRÉ Olivier, *Révision totale de la loi fédérale sur le contrat d'assurance – un (petit) point sur la situation*, in: WERRO Franz/PROBST Thomas (édit.), *Journées du droit de la circulation routière 7–8 juin 2010*, Berne 2010, pp. 85ss [cité: CARRÉ, *Révision*].

CARRÉ Olivier, *La loi fédérale sur le contrat d'assurance*, Lausanne 2000 [cité: CARRÉ].

CHAGNY Muriel/PERDRIX Louis, *Droit des assurances*, 2^e éd., Issy-les-Moulineaux 2014.

CORBOZ Bernard, *Le contrat d'assurance dans la jurisprudence récente*, in: SJ 2011 II, pp. 247ss [cité: CORBOZ, SJ 2011 II 247].

DE BUREN René, *La loi sur le contrat d'assurance doit-elle être révisée?*, in: ZSR/RDS 1962 II, pp. 251ss.

FÄSSLER Arnold, *Das befürchtete Ereignis in der Haftpflichtversicherung*, thèse, Berne 1949.

FREY Christoph/EISENRING Marlen, *Schadenminderung in der D&O-Versicherung*, in: HAVE/REAS 3/2013, pp. 208ss.

FUHRER Stephan, *Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts (47)*, in: HAVE/REAS 3/2017, pp. 296ss [cité: Fuhrer, HAVE 2017].

FUHRER Stephan, *Kollektive Krankentaggeldversicherung – aktuelle Fragen*, in: FUHRER Stephan (édit.), *Jahrbuch SGHVR 2014/Annales SDRCA 2014*, Zurich/Bâle/Genève 2014, pp. 67ss [cité: FUHRER, *Kollektive Krankentaggeldversicherung*].

FUHRER Stephan, *Zum versicherten Ereignis in Claims-made-Policen – Eine Replik zum Aufsatz von Christoph Frey und Marlen Eisenring: Schadenminderung in der D&O-Versicherung*, in: HAVE/REAS 1/2014, pp. 101ss [cité: FUHRER, *Claims-Made-Policen*].

FUHRER Stephan, *Entwicklungen im Privatversicherungsrecht*, in: WEBER Stephan (édit.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2013, Zurich/Bâle/Genève 2013, pp. 53ss [cité: FUHRER, HAVE 2013].

FUHRER Stephan, *Entwicklungen im Privatversicherungsrecht/Vom Umgang mit einem alten Gesetz*, in: WEBER Stephan (édit.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2012, Zurich/Bâle/Genève 2012, pp. 189ss [cité: FUHRER, HAVE 2012].

FUHRER Stephan, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, Zurich 2011 [cité: FUHRER, *PVR*].

FUHRER Stephan, *Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts*, in: HAVE/REAS 3/2005, pp. 236ss [cité: FUHRER, HAVE 2005].

GANTENBEIN Burkhard, *Der Anwendungsbereich des Art. 9 VVG*, in: SVZ/RSA 8/1940-1941, pp. 129ss.

GAUCH Peter, *Das VVG: Immer noch alt und revisionsbedürftig*, in: HAVE/REAS 2/2002, pp. 62ss.

GROLIMUND Pascal, *Entwicklungen im Privatversicherungsrecht – Erste Eindrücke vom Vorentwurf zu einer Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes*, in: FUHRER Stephan (édit.), Jahrbuch SGHVR 2016/Annales SDRCA 2016, Zurich/Bâle/Genève 2016, pp. 135ss.

GROSS Christophe, *L'assurance responsabilité civile*, Berne 1989.

HÄBERLI Christoph/HUSMANN David, *Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte*, Berne 2015.

HALLER Max, *Organhaftung und Versicherung – Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung*, thèse, Zurich 2008.

HALM Wolfgang E./ENGELBRECHT Andreas/KRAHE Frank (édit.), *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht*, 5^e éd., Cologne 2015 [cité: *Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht-AUTEUR*].

HASLER Alfons, *Der Wegfall der Gefahr im Versicherungsvertrag*, thèse, Zurich 1950.

HAUSHEER Heinz/JAUN Manuel, *Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2001 – Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht*, in: ZBJ/RSJB 139/2003, pp. 43ss.

HEISS Helmut, *Aktualitäten – Privatversicherungsrecht*, in: FUHRER Stephan (édit.), Jahrbuch SGHVR 2017/Annales SDRCA 2017, Zurich/Bâle/Genève 2017, pp. 109ss.

HONSELL Heinrich, *Die Rückwärtsversicherung in der Krankenversicherung*, in: BABUSIAUX Ulrike/NOBEL Peter/PLATSCHKEK Johannes (édit.), *Der Bürge einst und jetzt: Festschrift für Alfons Bürge*, Zurich 2017, pp. 667ss.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/SCHNYDER Anton K. (édit.), *Basler Kommentar – Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG)*, Bâle 2001 [cité: BSK VVG AUTEUR].

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/SCHNYDER Anton K./GROLIMUND Pascal (édit.), *Basler Kommentar – Versicherungsvertragsgesetz – Nachführungsband*, Bâle 2012 [cité: VVG-Nachführungsband AUTEUR].

KIESER Ueli/GEHRING Kaspar/BOLLINGER Susanne, *KVG/UVG Kommentar – Bundesgesetze über die Krankenversicherung, die Unfallversicherung und über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit weiteren Erlassen*, Zurich 2018 [cité: KVG/UVG AUTEUR].

KOENIG Willy, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Berne 1967 [cité: KOENIG].

KOENIG Willy, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*, in: ZSR/RDS 1962 II, pp. 129ss [cité: KOENIG, *Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?*].

KUHN Moritz W./ECKERT Martin K./MÜLLER-STUDER R. Luka, *Privatversicherungsrecht – Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts*, 2^e éd., Zurich 2002.

KUHN Moritz/MONTAVON Pascal, *Droit des assurances privées – Exposé et principes de la loi sur le contrat d'assurance: Disp. gén.: art. 1 à 47 LCA avec un aperçu de la législation de surveillance des institutions d'assurances privées*, Lausanne 1994.

KUNZ Markus H., *Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag*, thèse, Berne 1970.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne/LEVENEUR Laurent, *Droit des assurances*, 14^e éd., Paris 2017.

LANDOLT Hardy/WEBER Stephan, *Privatversicherungsrecht – in a nutshell*, 2^e éd., Zurich/Saint-Gall 2018.

LEFEBVRE D'OIDIO Antonio/PESCATORE Gabriele/TULLIO Leopoldo, *Manuale di diritto della navigazione*, 13^e éd., Milan 2013.

LEHMANN Alexandre, *Les réserves pour raisons de santé et les conséquences d'une fausse déclaration de santé en droit des assurances (1^e partie)*, in: HAVE/REAS 2/2017, pp. 149ss [cité: LEHMANN, I].

LEHMANN Alexandre, *Les réserves pour raisons de santé et les conséquences d'une fausse déclaration de santé en droit des assurances (2^e partie)*, in: HAVE/REAS 3/2017, pp. 256ss [cité: LEHMANN, II].

LENTZSCH Otto, *Der zeitliche Eintritt des Versicherungsfalles in der Haftpflichtversicherung*, thèse, Zurich 1933.

- MAURER Alfred, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3^e éd., Berne 1995.
- MEUWLY Jean-Benoît, *La durée de la couverture d'assurance privée*, Fribourg 1994.
- MOSER Markus, *Eine Gesetzesnorm sorgt für Verunsicherung: Weitere Fragen zu Art. 23 BVG*, in: SZS/RSAS 41/1997, pp. 120ss.
- MÜLLER Otto Heinrich, *Haftpflichtversicherung unter Einbezug der Motorfahrzeug-, Schiffs- und Luftfahrzeugversicherung*, Berne 1985.
- OBERSON Francine, *La prévoyance professionnelle: principes et fondements*, Genève/Zurich/Bâle 2013.
- PRÖLSS Erich/MARTIN Anton, *Versicherungsvertragsgesetz – Mit Nebengesetzen, Vermittlerrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen*, 29^e éd., Munich 2015.
- RIEMER-KAFKA Gabriela, *Nichtigkeit eines rückwirkend abgeschlossenen Versicherungsvertrags*, in: SVZ/RSA 64/1996, p. 271.
- ROELLI Hans/KELLER Max, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Band 1, Die allgemeinen Bestimmungen*, Berne 1968.
- ROSSETTI Marco, *Il diritto delle assicurazioni, Volume I, L'impresa di assicurazione, Il contratto di assicurazione in generale*, Padoue 2011 [cité: ROSSETTI, I].
- ROSSETTI Marco, *Il diritto delle assicurazioni, Volume II, Le assicurazioni contro i danni*, Padoue 2012 [cité: ROSSETTI, II].
- RUSCONI Baptiste, *L'assurance RC professionnelle de l'avocat: risque, sinistre et durée de la couverture*, in: Revue de l'avocat 2003, pp. 401ss, https://www.sav-fsa.ch/de/documents/dynamiccontent/bgfa_ar_11_12_2003_s401.pdf, consulté le 26.3.2019.
- SCHAER Roland, *Privatversicherungsrecht-Wichtige Urteile/VIII. Quo vadis Rückwärtsversicherungsverbot?*, in: PROBST Thomas/WERRO Franz (édit.), *Strassenverkehrsrechtstagung 10.-11. Juni 2010*, Berne 2010, pp. 377ss [cité: SCHAER, *Quo vadis Rückwärtsversicherungsverbot?*].
- SCHAER Roland, *Modernes Versicherungsrecht – das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht*, Berne 2007 [cité: SCHAER, *MVR*].
- SCHAER Roland, *CaseBook zum Buch « Modernes Versicherungsrecht »*, Berne 2007 [cité: SCHAER, *MVR-CaseBook*].
- SCHAER Roland, « *Das alte Leiden* » und die « *leidige* » Rückwärtsversicherung – Ein « *kränkelndes* » Urteil des Bundesgerichtes vom 19.10.2000 (BGE 127 III 21), in: HAVE/REAS 4/2002, pp. 295ss [cité: SCHAER, *Das alte Leiden und die leidige Rückwärtsversicherung*].

SCHLÜCHTER Fabio, *Praktische und rechtliche Fragen des Versicherungsschutzes*, in: HAVE/REAS 2/2006, pp. 89ss.

SCHNEIDER Jacques-André/GEISER Thomas/GÄCHTER Thomas (édit.), *Commentaire Stämpfli – LPP et LFLP, Lois fédérales sur la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité et sur le libre passage dans la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité*, Berne 2010 [cité: LPP/LFLP AUTEUR].

SCHUHMACHER René, *Acht Thesen zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), insbesondere zum Vertragsabschluss und der Anzeigepflicht*, in: WEBER Stephan/FUHRER Stephan (édit.), *Retouchen oder Reformen? – Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Zurich/Bâle/Genève 2004, pp. 157ss.

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire Romand – Code des obligations I, Art. 1-529*, 2^e éd., Bâle 2012 [cité: CR CO I AUTEUR].

VIRET Bernard, *Droit des assurances privées*, 3^e éd., Berne 1991.

WALTER Hans Peter, *Rückwärtsversicherung und Unmöglichkeit des Versicherungsfalles*, in: SCHNYDER Anton K./WEBER Stephan (édit.), *Totalrevision VVG – Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?*, Zurich/Bâle/Genève, 2006, pp. 53ss.

WERRO Franz/PERRITAZ Vincent, *Les limitations inattendues de couverture et le recours de l'assureur dommages*, in: WERRO Franz/PICHONNAZ Pascal (édit.), *Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées – Colloque du droit de la responsabilité civile 2015 – Université de Fribourg*, Berne 2016, pp. 45ss.

WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail*, 3^e éd., Berne 2014.